



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Escuela Académica Profesional de Derecho

**Tutela de los terceros subadquirientes a título oneroso
y de buena fe frente a los contratos inválidos**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Alan Augusto PASCO ARAUCO

ASESOR

Juan Alejandro ESPINOZA ESPINOZA

Lima, Perú

2011



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Pasco, A. (2011). *Tutela de los terceros subadquirientes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos*. Tesis para optar grado de Magister en Educación con Mención en Docencia en Nivel Superior. Escuela Académica Profesional de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

ÍNDICE

FRASE REFLEXIVA.....	08
DEDICATORIA.....	09
AGRADECIMIENTO.....	10
INTRODUCCION.....	11

CAPITULO I

NEGOCIO JURIDICO, CONTRATO, INVALIDEZ Y TERCEROS: RAZONES Y SENTIDO DE UNA INVESTIGACION

1. El subjetivismo en la teoría negocial.....	25
2. Hacia la objetivación de la teoría negocial.....	31
3. La objetivación del contrato y su repercusión en los terceros.....	37
4. El contrato y no el negocio jurídico como centro del análisis.....	48

CAPITULO II

LA CONCEPCION DEL CONTRATO DENTRO DE LAS DISTINTAS TEORIAS NEGOCIALES

1. Cuestiones Preliminares.....	60
2. El negocio jurídico: origen alemán.....	61
3. Función y contexto del negocio jurídico en Alemania	66
4. Función y contexto del negocio jurídico en el Código Civil y la realidad peruana.....	70
5. ¿Para qué sirve entonces la teoría del negocio jurídico?	77
6. Las distintas teorías negociales.....	81
6.1 El origen del negocio jurídico: Concepción voluntarista.....	81
6.2. El negocio jurídico como supuesto de hecho	91
6.3. La concepción preceptiva: el negocio jurídico como autorregulación de intereses	96
6.4. Concepción institucional: el negocio jurídico como ordenamiento privado autónomo	102
6.5. Concepción normativa: el negocio jurídico como norma jurídica privada	107

6.6. Concepción axiológica o valorativa: el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses.....	113
6.7. Concepción programática del negocio jurídico.....	118
7. Importancia del correcto estudio y entendimiento de la teoría negocia.....	121
8. ¿Cuál es la teoría que permite una cabal comprensión del contrato en nuestro Código Civil?	122

CAPITULO III

LA INVALIDEZ COMO REMEDIO NEGOCIAL (CONTRACTUAL)

1. La ineficacia negocial como categoría general	125
2. La invalidez del contrato	133
3. La nulidad del negocio jurídico	145
3.1. Concepto.....	145
3.2. El negocio nulo y el negocio inexistente: a propósito de la Irrelevancia jurídica.....	148
3.3. El negocio jurídico nulo sí produce efectos jurídicos.....	167
3.4. La aplicación de las técnicas de conservación del negocio jurídico: ratificación de la relevancia del negocio nulo.....	171

3.4.1. La conversión.....	173
3.4.2. La nulidad parcial.....	176
3.4.3. Ajuste o adaptación a la legalidad de los negocios nulos....	177
3.4.4. Técnica de la sustitución de la parte nula.....	178
3.4.5. Técnica de la no consideración.....	180
4. La anulabilidad.....	181
4.1. Cuestiones preliminares.....	181
4.2. Concepto.....	186
4.3. Los efectos precarios del contrato anulable.....	188
5. Los efectos de la invalidez entre las partes contratantes y respecto de los terceros subadquirentes.....	192
5.1. Efectos respecto de los contratos nulos.....	192
5.2. Efectos respecto de los contratos anulables.....	196

CAPITULO IV

DOS ESCENARIOS DISTINTOS PARA LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES. LA FE PÚBLICA REGISTRAL COMO UN PRIMER MECANISMO DE TUTELA

1. Cuestiones preliminares.....	199
2. La tutela de los terceros subadquirentes sobre bienes inscritos en	

Registros Públicos: La fe pública registral (PRIMER ESCENARIO).....	200
2.1. La adquisición válida a título oneroso: Elemento negocial.....	208
2.2. La confianza en el registro: regularidad en la cadena de transmisiones.....	210
2.3. Buena fe del adquirente: Elemento subjetivo.....	214
2.4. Que no conste en el registro las causales de nulidad o extinción del título antecedente: Elemento de no Contradicción.....	216
2.5. Inscripción del título.....	218
3. La protección de los terceros subadquirentes frente a los contratos Inválidos sobre bienes inscritos en el Registro	220
4. Una nueva forma de entender la Fe Pública Registral: ¿De <i>lege lata</i> o <i>lege ferenda</i> ? Crítica a un sector de la doctrina nacional.....	222
5. La tutela de los terceros subadquirentes sobre bienes no inscritos (SEGUNDO ESCENARIO).....	240
5.1. Acerca del Principio de la Confianza.....	243
5.2. La tutela de las actuaciones realizadas de buena fe en el Código Civil.....	249

CAPITULO V

LA INVALIDEZ DERIVADA DE SIMULACION Y LA EXCEPCIONAL TUTELA FRENTE A LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES A TITULO ONEROSO Y DE BUENA FE

1. Nociones preliminares.....	265
2. Breves apuntes sobre la simulación	267
3. Análisis del artículo 194° CC.	276
3.1. El artículo 2014 y la tutela de los terceros subadquirentes respecto de bienes registrados,.....	281
3.2. El artículo 194° CC: La tutela de terceros subadquirentes respecto de bienes no registrados	288
3.3. El artículo 194° CC ¿Norma especial o excepcional?.....	292
4. Apunte final.....	301

CAPITULO VI

LAS REGLAS DEL PAGO INDEBIDO COMPLETAN EL MECANISMO DE TUTELA DE LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES

1. Cerrando el círculo de la tutela de los terceros subadquirentes.....	302
2. El efecto retroactivo de la invalidez: restitución de las prestaciones.....	304
3. La restitución de las prestaciones como consecuencia de un pago	
Indebido.....	308
3.1. El pago indebido: origen (conditio indebiti) y regulación actual.....	309
3.2. Elementos del pago indebido	316
3.3. Formas del pago indebido: objetivo y subjetivo.	
¿Ambas están reguladas en nuestro Código Civil?	319
4. La protección de los terceros subadquirentes derivado de un pago	
indebido	332
CONCLUSIONES.....	349
BIBLIOGRAFIA.....	362

“Lectores, perdónenme mis paradojas. Hay que hacerlas cuando uno reflexiona y, frente a cualquier cosa que ustedes pudieran decirme al respecto, confieso que prefiero ser hombre de paradojas que hombre de prejuicios”

Jean – Jacques Rousseau

DEDICATORIA

A mi padre, por enseñarme que el éxito de una persona no está en jamás caer, sino en caer y saber levantarse;

A mi madre, por demostrarme cada día que su amor es infinito e invaluable;

A mi hermano, por hacerme comprender que en la diferencia está el gusto, y que muchas veces un prolongado silencio vale más que mil palabras;

Y last but not least, a mi abuela, “mami María”, por haber entregado su vida a hacerme feliz, por ser la mujer más maravillosa del mundo y porque sé que mis pocas virtudes son producto de haberla escuchado, y mis innumerables defectos, consecuencia de no haberlo hecho.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mi alma mater, Decana de América, por haberme cobijado durante 6 años en su claustro y haber sido testigo de mis inquietudes y desvaríos intelectuales.

Al Dr. Eduardo Del Aguila Reátegui, por haberme comprometido moralmente - allá en el lejano 2006, estando en los primeros años de pre grado – en la elaboración de una tesis para obtener el título de abogado, y por haber incentivado en mí, cada vez que pudo, el ánimo de investigación.

A los miembros del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados, por el apoyo incondicional, la paciencia infinita y las facilidades que me brindaron mientras llevaba a cabo la presente investigación.

Finalmente, al profesor y amigo Juan Espinoza Espinoza, por haber aceptado gustosamente ser mi asesor de tesis y haber colaborado en todo momento para que la misma viera la luz.

INTRODUCCION

En la actualidad asistimos a un proceso de dinamismo económico y rápida circulación de la riqueza, fomentado por el paradigma del libre mercado, el mecanismo de la contratación masiva y todos los esfuerzos que se hacen a nivel legislativo en pro de la denominada seguridad jurídica dinámica.

Este proceso de dinamismo y rápida circulación de la riqueza, no obstante ser moderno y de plena trascendencia en el Siglo XXI, no se encuentra ajeno a categorías jurídicas que, si bien podrían parecer a estas alturas del discurso desfasadas e innecesarias - como se podría pensar, sólo por citar un ejemplo, del negocio jurídico (más aún si se tiene en cuenta que a la fecha han pasado más de 150 años desde que se habló por primera vez de negocio jurídico¹) -, por el contrario mantienen plena vigencia y relevancia no sólo teórica sino también práctica, como se demostrará a lo largo de la presente investigación.

Precisamente, uno de los temas en los que podemos encontrar una simbiosis entre modernidad y tradición jurídica es el de la invalidez del negocio jurídico: el mismo constituye un tópico que si bien se inicia en el ámbito de la autorregulación de intereses – y por ende en la relevancia inter partes - , escapa del mismo por

¹ La versión original alemana del libro de Savigny se titula: “System des heutigen romischen Rechts”, originalmente publicado en Berlín, entre 1840 y 1849. La versión en español puede verse en: SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

cuanto abarca también la vinculación con terceras personas, quienes en un mundo global pretenden actuar dotados de seguridad, de reglas claras, de mecanismos que tutelen la confianza legítima. Estas consideraciones se vuelven más exigibles aún en un mundo como el actual, en el que – conforme ya se indicó - la contratación se ha vuelto rápida, ligera, inmediata. Estas vicisitudes nos obligan a adoptar criterios y valoraciones que en un primer momento, cuando recién se dio el surgimiento de la categoría del negocio jurídico, no fueron tomadas en cuenta.

Mediante la presente investigación buscamos darle un enfoque distinto a los problemas que - en la actualidad – surgen como consecuencia de una declaración judicial (o arbitral) de nulidad: cómo es que ésta repercute sobre los derechos y situaciones jurídicas en general adquiridas por terceros contratantes – hablamos de “terceros” para hacer referencia a aquellas personas que no participaron en la celebración del negocio jurídico declarado inválido pero que de alguna forma entraron en contacto con alguna de dichas partes y derivaron un derecho de tal negocio.

La investigación se hace aún más urgente si es que se tiene en cuenta que nuestro Código Civil (en adelante CC) no regula los efectos jurídicos de la nulidad. Ello puede resultar justificable cuando se dice ingenuamente que los contratos nulos nunca producen efectos jurídico, pero, como tendremos oportunidad de analizar y aclarar en el capítulo correspondiente, se debe diferenciar el juicio de relevancia jurídica del juicio de invalidez, lo cual implica no confundir un contrato inválido con uno inexistente. La diferencia, como se podrá demostrar, acarrea consecuencias prácticas importantes.

En efecto, debe tenerse en consideración que muchas veces el contrato nulo, antes de la declaración de nulidad, produce efectos fácticos y por eso se hace necesario regular cómo dicha situación fáctica se puede adecuar a la situación

jurídica de un contrato declarado nulo y la correspondiente posición de los terceros subadquirentes. Un Código Civil debe reglamentar los efectos de retroactividad, de restitución y de protección de tales terceros cuando un contrato se declare nulo.

Nuestro Código Civil no dice nada y ello es grave. En principio, el efecto retroactivo implica que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas. Si la restitución no fuera posible porque resulta imposible o excesivamente onerosa tampoco se dice cómo se restituirán. De ahí que el silencio del código autoriza enriquecimientos indebidos.

Igualmente – y en esto centraremos nuestra atención a lo largo de la investigación - el Libro II del Código Civil no dice nada sobre si la declaración de nulidad del contrato respecto a bienes muebles e inmuebles – tanto aquellos sujetos a inscripción como los que no lo están - perjudica o no los derechos adquiridos a título oneroso, por el tercero subadquirente de buena fe. Esta ausencia de regulación nace de la idea que el contrato nulo siempre es oponible a los terceros² y obliga al operador jurídico a buscar la solución – de forma sistemática y coherente – en el resto de normas del Código.

Estos terceros subadquirentes de derechos derivados de un previo contrato inválido, ¿deben mantener tales adquisiciones, o resulta preferente dar al contrato inválido la categoría de inexistente y por ende toda adquisición derivada del mismo debe considerarse como nunca realizada? ¿Existen argumentos a favor de ambas posiciones? ¿Cuál de ellas se justifica en el escenario jurídico, económico y social contemporáneo? ¿Nuestro sistema jurídico ha adoptado alguna solución al

² De estas imperfecciones en la forma como ha sido regulada la nulidad en el Libro II del Código Civil ya ha dado cuenta – aunque de forma enunciativa - un sector de la doctrina nacional: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil”. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Palestra Editores. Lima. 2008. Págs. 767-771.

respecto? ¿Existe en general un mecanismo de tutela que proteja a tales terceros subadquirentes?

Las interrogantes planteadas líneas arriba – que son sólo algunas respecto de las cuales intentaremos obtener respuestas mediante la presente investigación – plantean una serie de problemas y posiciones encontradas, algunas de las cuales han mantenido tal arraigo que hoy en día son considerados auténticos dogmas. Lo que – humildemente - pretendemos mediante la presente investigación, es observar tales problemas a través de un prisma distinto, mediante una relectura de las instituciones jurídicas y los intereses en conflicto.

Imaginemos un supuesto en el cual dos personas celebran un contrato de compraventa sobre un bien inmueble. En este contrato la voluntad de la parte vendedora se encuentra viciada por cuanto hay de por medio una grave amenaza de la contraparte – la compradora – para la celebración definitiva del contrato. Esto sin duda alguna da lugar a un contrato anulable pasible de anulación en la vía judicial.

Luego de celebrado el contrato, el adquirente - quien se valió de la amenaza sobre su contraparte para la celebración definitiva del contrato - decide transferir el bien a un tercero, quien adquiere la propiedad desconociendo que el derecho de quien se lo transfiere encuentra como antecedente la celebración de un contrato inválido. ¿Qué sucederá si el primigenio transferente demanda ante el Poder Judicial la anulación del contrato de compraventa, y una vez declara fundada la demanda pretende oponer tal nulidad al tercero subadquirente que actuó de buena fe y a título oneroso? ¿Le será oponible esta declaración judicial de nulidad? ¿Qué sucederá si este tercero, mientras el proceso de nulidad estaba en curso, efectuó sucesivas transferencias a favor de terceras personas quienes también actuaron a

título oneroso y de buena fe? ¿También les será oponible a estos terceros subadquirentes la nulidad declarada judicialmente?

Nuestro sistema jurídico tiene una salida al respecto (la fe pública registral, consagrada en el artículo 2014º CC), pero – se sostiene – es una solución incompleta, parcial, que no “cerraría el círculo” de forma integral. Y es que tratándose de situaciones jurídicas³ que corren inscritas en Registros Públicos⁴, nuestro sistema – a pesar de la opinión de un sector de la doctrina, cuya posición será analizada y rebatida en las páginas siguientes – consagra una tutela irrestricta a favor de todo tercero que contrata sobre la base de la información brindada por el Registro, siempre y cuando haya actuado a título oneroso y de buena fe⁵ – al

³ Sobre situaciones jurídicas se puede ver: NICOLO, Rosario. “Las Situaciones jurídicas subjetivas”. Traducción del italiano efectuada por Carlos Zamudio Espinal. En: Advocatus. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Nº 12. 2005. Pág. 106; GAZZONI, Francesco. Manuale di diritto privato. VII edizione aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli. 1998. Pág. 56-60; BRECCIA, Humberto, BIGLIAZZI, Lina, NATOLI, Ugo, BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil. Tomo I. Volumen 1. Normas, Sujetos y Relación Jurídica. Traducción de Fernando Hinestrosa. 1ª edición. Editora Universidad Externado de Colombia. 1992. Pág. 353-380; LORDI, Antonio. Seminario sobre el concepto de derecho, las fuentes del derecho y las situaciones jurídicas subjetivas. Traducción libre de Carlos Zamudio Espinal. En sede nacional destacan los trabajos de: CASTRO TRIGOSO, Nelwin. ¿El Contrato solo crea obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil. En: Cathedra. Discere Iure et Facto Año V. Nº 8-9. Lima 2002. Pág. 218-220; ESCOBAR ROZAS, Freddy. Teoría General del Derecho Civil. 5 Ensayos. Ara Editores. 1ª. Edición. Lima. 2002; MORALES HERVIAS, Rómulo. “Situaciones Jurídicas Subjetivas”. En: Advocatus. Nº 19. 2008. Págs. 323-363.

⁴ Nuestro sistema registral ha optado por el sistema del folio real (GONZALES BARRON, Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2004), lo cual significa que la base o el eje del registro, aquello que se inscribe son los bienes. Entendidos como realidades materiales que sirven como punto de referencia para la satisfacción de un interés. Sin embargo, en realidad, en buena cuenta, lo que se publicitan son las situaciones jurídicas constituidas sobre tales bienes; esto es, derechos, potestades, intereses legítimos, y demás situaciones de las más diversas índoles. Lo que afecta a los terceros que contratan sobre la base del Registro son las situaciones jurídicas; es en base a ellas que tales terceros realizan un juicio de valor y ponderación al momento de contratar.

⁵ Artículo 2014 del Código Civil.- “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su

análisis de este mecanismo de tutela a favor de los terceros adquirentes estará dedicado el capítulo cuarto de la presente investigación.

Pero, ¿qué sucede con todas aquellas situaciones jurídicas constituidas sobre determinado bien y que no corren inscritas en Registros Públicos? Supongamos que la compraventa anulable se hubiese celebrado sobre un bien que aún no ha sido inmatriculado⁶, lo cual haría imposible la aplicación de la fe pública registral: ¿Acaso por esta circunstancia - la no existencia registral del bien - se podrá afectar la posición jurídica en la que se encuentra los terceros que adquirieron a título oneroso desconociendo que el derecho de su transferente estaba afecto por una causal de invalidez?

Nuestro particular punto de vista nos lleva a responder en sentido negativo y, precisamente, la presente investigación pretende analizar y determinar en qué casos y por qué, se hace necesario aplicar un mecanismo que tutele irrestrictamente la posición de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe frente a un contrato inválido que sirvió de presupuesto para tal adquisición, independientemente de si tal bien contaba o no con una inscripción en el Registro.

adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos”

Como se puede apreciar, este artículo protege la posición de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe tratándose de situaciones jurídicas que corren inscritas en Registros Públicos, siempre y cuando el tercero adquirente también cumpla con la respectiva inscripción registral.

⁶ Es decir, un bien que aún no existe registralmente.

La protección de todo tercero subadquirente se sustenta en dos pilares fundamentales: la apariencia jurídica y la buena fe depositada en determinados signos de publicidad.

Luego de un repaso minucioso y análisis integral de las diversas formas en que la contratación de buena fe ha sido tutelada en nuestro Código Civil, podremos corroborar que cada vez que se pretende tutelar la buena fe en la contratación, es necesario una norma legal que así lo consagre (véase, sólo por citar algunos, los artículos 197°, 201°, 210°, 194°, 1225°, 1268°, 948° del Código Civil⁷). ¿Existe una norma similar tratándose de protección de terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos? La presente investigación busca precisamente dar una respuesta a esta interrogante.

Debe tenerse en cuenta que todo tercero merece protección jurídica derivada de un contrato inválido, independientemente de si el bien adquirido encuentra o no inscripción registral: en cuanto los argumentos sean convincentes, los fundamentos sólidos y los intereses dignos de protección, resulta imperativo proteger a todo tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe.

Dos puntos fundamentales en el diseño del mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes lo son sin duda: a) la concepción que manejemos sobre el negocio jurídico; y b) la concepción que manejemos sobre la invalidez como remedio negocial.

⁷Sobre este punto se puede ver: PASCO ARAUCO, Alan. "Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables. A propósito de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222° CC". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 141. Año 15. Junio 2010. Págs. 99-118.

En efecto, el resultado de nuestra investigación dependerá en gran medida de cuál sea la concepción que manejemos sobre el negocio jurídico – en especial sobre el contrato, que es el prototipo de negocio jurídico más conocido y más empleado hoy en día - y a ello contribuirá el análisis que de dicha institución hagamos en sus tres aspectos: lógico, legislativo e historiográfico.

Partiremos por sostener que estas tres formas distintas de entender al negocio jurídico (contrato) son incompatibles entre sí, pues responden a situaciones y contextos distintos.

En el Perú el negocio jurídico, como categoría legislativa - tal cual fue consagrada en el BGB alemán - no existe, por cuanto la estructura de nuestro Código y las normas que lo integran “conspiran” contra la clara voluntad de nuestro legislador de consagrar en el Libro II la categoría del negocio jurídico, bajo la imperfecta denominación de “acto jurídico”.

Siendo así, somos de la opinión que, en realidad, todas las normas consagradas en el libro II, pensadas para ser aplicadas de forma general a todos los negocios jurídicos, en realidad únicamente resultan de aplicación inmediata y están pensadas para los contratos, en cuanto – y esto ya se ha dicho más de una vez - nuestras normas sobre “Acto jurídico” son una copia mal hecha de las normas que el *Codice Civile* italiano de 1942 consagró para la parte de contratos⁸.

⁸ LEON HILARIO, Leysser. “Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil”. En: Ob. Cit. Pág. 122; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 45. Año 4. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2005. Pág. 4.

Influenciados por esta pretendida decadencia del negocio jurídico, del cual da cuenta GALGANO⁹, así como por la presunta prevalencia del contrato frente al decimonónico “negocio jurídico”, es que hemos optado por hacer referencia a la tutela de los terceros subadquirentes frente a los CONTRATOS inválidos, y no frente a los negocios jurídicos inválidos. Las razones para ello serán debidamente sustentadas en el primer y segundo capítulo de la presente investigación.

Siguiendo este derrotero, la presente investigación buscará deslindar desde un inicio los conceptos de negocio jurídico y contrato, tratando de arribar a un cabal entendimiento de lo que en realidad implica la categoría de “negocio jurídico”, para finalmente – al menos en lo que a la primera parte se refiere – señalar las razones por las cuales la normativa del Código Civil ha “conspirado” contra la idea del legislador de consagrar legislativamente la *Rechtsgeschäft*.

Luego de ello, y habiéndose aclarado que el elemento de análisis será el contrato y no el negocio jurídico, analizaremos – en el capítulo III - un aspecto fundamental del mismo, como es la invalidez, en sus dos formas conocidas por las diferentes legislaciones y casi la totalidad de la doctrina: la nulidad y la anulabilidad.

⁹ GALGANO, Francesco, Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico, en Metodologías y Derecho Privado, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Traducción de Mariano Maresca de la versión publicada en *Categorie Giuridiche e Rapporti Sociali*, Il Problema del Negozio Giuridico, A cura de Cesare Salvi, Milano, Feltrinelli, 1978, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, Granada, N° 22, 1982, p.p. 49-50; GALGANO, Francesco, El Negocio Jurídico, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Tirant lo blanch. Valencia, 1992, Pág. 18; GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 96-106. Del mismo parecer es: FRANZONI, Máximo. “Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico”. En: Derecho Civil Patrimonial. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997; VALLE, Laura. “El debate sobre el negocio jurídico en Italia”. En: *Contratto e impresa*, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale. 1993:566 – 629. Traducción realizada por Nélvar Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervías alojada en www.dike.pucp.edu.pe.

Este segundo tópico sobre el cual se asienta la presente investigación, guarda estrecha relación con la concepción normativa que tengamos sobre la nulidad. Contra lo que se podría pensar, la nulidad no debe ser vista como una sanción¹⁰ sino más bien como un remedio otorgado a las partes contratantes frente a cualquier vicio que pudiese afectar la estructura del negocio jurídico¹¹. Si conceptualizamos a la nulidad más como un remedio que como una sanción, no habrá problemas en admitir que la misma puede admitir ciertos límites, esto es, puede admitir su inoponibilidad frente a terceros que merezcan verse tutelados por especiales consideraciones.

Lo contrario – sostener que se trata de una sanción - dificultaría la labor de construir una inoponibilidad a favor de los terceros subadquirentes. La sola concepción de la nulidad como una “sanción”, podría dar a entender – como en efecto lo ha planteado un importante sector doctrinario, llegando a constituir un dogma – que la nulidad debe arrasar contra todo lo que se le ponga en frente, sin importar la posición ni los intereses de terceros contratantes que podrían verse afectados.

Una vez analizados el contrato – como especie fundamental del negocio jurídico - y su invalidez, nos ocuparemos de analizar las consecuencias jurídicas derivadas de la invalidez de un contrato, no sólo respecto a las partes contratantes, sino también – y especialmente – con relación a los terceros contratantes que subadquieren algún derecho, teniendo como presupuesto o fundamento tal

¹⁰ La concepción de la nulidad como sanción puede ser vista en: IRTI, Natalino, “La nullità come sanzione giuridica”. En: Contratto e impresa. N° 2.1987. Págs. 541-551.

¹¹ Sobre la nulidad, entendida como remedio negocial, ver: ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 670 y ss.

contrato inválido. Esto es a lo que la doctrina moderna denomina “nulidad derivada”.

En la cuarta parte de la investigación, nos centraremos, primero, en esbozar los dos posibles escenarios en los que se encuentran los terceros subadquirentes frente a los supuestos de nulidad derivada: subadquisiciones sobre bienes inscritos y subadquisiciones sobre bienes no inmatriculados.

Seguidamente, analizaremos muy de cerca el mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes sobre bienes que sí cuentan con inscripción registral; es decir, el mecanismo de tutela actualmente consagrado en el artículo 2014º del Código Civil: la tutela vía Registros Públicos en base a la fe pública registral (sus alcances, requisitos y la crítica respectiva a una nueva forma de entender la fe pública registral, planteada por un sector importante de la doctrina nacional).

El análisis llevado a cabo en este punto nos permitirá concluir que, así como existe una regla general de tutela para los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos SIEMPRE QUE HAYA UNA INSCRIPCION REGISTRAL DE POR MEDIO, del mismo modo, por los mismos fundamentos, por la importancia de los intereses a tutelar y por la dinámica de las relaciones contractuales actuales, resulta necesario buscar también, como regla general, la protección de todo tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos, más allá de si la contratación se dio sobre un bien matriculado o inmatriculado.

En el quinto capítulo – luego de haber hecho un recorrido a lo largo de las normas contenidas en nuestro Código Civil, analizando las actuaciones de buena fe por parte de terceros contratantes, y la forma cómo estos terceros se ven tutelados -

centraremos el análisis en el artículo 194° CC, en cuanto constituye una norma – la única que lo hace de forma expresa - que sí protege de forma general a los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos, pero con la particularidad que esta tutela se da únicamente cuando la invalidez deriva de una causal concreta: la simulación del contrato.

¿Será posible - recurriendo a las distintas formas de argumentación jurídica y a los diversos métodos de interpretación e integración del derecho – extraer del artículo 194° CC un mecanismo de tutela de los terceros subadquirentes frente a todo contrato inválido más allá de la causal de la que derive dicha invalidez? La respuesta a esta interrogante, y los fundamentos que sustentan la misma serán cabalmente detallados en el capítulo V.

Finalmente, en el sexto capítulo, buscaremos la forma de “cerrar el círculo” de la protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe. En efecto, si en los capítulos precedentes nos ocupamos de determinar en qué casos sí existen mecanismos de protección a favor de los terceros subadquirentes, dicha labor nos permitió percatarnos que siempre quedan sectores en los que tales terceros, en apariencia, no reciben una tutela adecuada, dejando de esta forma incompleto el círculo. Por ello, en este capítulo final se analizará cuál es la forma de cerrar el círculo, y si es que la misma se encuentra contenida en nuestro Código Civil. Para ello nos adentraremos – de una forma un tanto somera, a efectos de no rebasar los límites de la presente investigación – en una de las instituciones peor legisladas y menos estudiadas en nuestro país¹²: el pago indebido y su relación con la restitución de las prestaciones derivadas de un contrato inválido.

¹² Salvo honrosas excepciones, como se detallará en el capítulo correspondiente.

Sólo una vez analizada las diversas formas en que nuestro sistema se pronuncia respecto de la posición los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, podremos concluir si es que existe o si es posible hablar en nuestro medio de un mecanismo general de protección a favor de tales terceros. En caso sea afirmativa nuestra respuesta, podremos arribar a las consecuencias positivas que se deriven de dicho régimen de protección.

Como ya se hizo referencia en las primeras páginas, el tema materia de investigación tiene la suerte de conjugar dos aspectos que muchas veces se consideran inexpugnables, inmiscibles, como lo son, por un lado, la tradición jurídica (representada en este caso por una institución - milenaria desde el punto de vista jurídico – como lo es el “negocio jurídico” y dentro de ella el “contrato”); y por el otro, la realidad, los vaivenes y las vicisitudes de pleno Siglo XXI (la protección en las adquisiciones, la confianza en las transacciones).

El partir de algunos conceptos fundamentales, como lo son el negocio jurídico, el contrato, la invalidez, la nulidad, la anulabilidad, la apariencia jurídica, la buena fe, entre tantos otros, desentrañando su verdadero sentido, analizando sus fundamentos y dándoles el lugar y perfil que les corresponde en una realidad como la que nos gobierna, podremos arribar a conclusiones importantes tanto en el plano teórico como en el práctico.

De esta forma buscamos – siendo conscientes de todos los defectos y limitaciones que presenta nuestra investigación - reivindicar el rol de la dogmática, tan venido a menos – al menos eso es lo que se pretende – “gracias” al método funcionalista y la escuela del análisis económico del derecho, y demostrar que un análisis dogmático no necesariamente implica volar por el “cielo de los conceptos

jurídicos”¹³; por el contrario, la dogmática con función social, sin despegar los pies de la tierra, puede llevarnos a formular aportes fundamentales en pro de una adecuada regulación de la vida humana, razón de ser del derecho y de todo lo que a él concierne.

Como alguna vez sostuvimos¹⁴, es un error y una muestra de egoísmo intelectual poner a las personas, sus necesidades e intereses al servicio de los conceptos; el jurista está comprometido a emplear los conceptos para resolver las necesidades de la gente de la forma más adecuada, simple y efectiva. La historia nos enseña, evita que caigamos en los mismos errores del pasado; conocerla de alguna manera nos hace más libres, más optimistas para con el futuro. El problema está cuando optamos por recurrir a la historia y a los dogmas para frenar el cambio, inmovilizar las instituciones. Nuestro deber como protagonistas del derecho está en promover lo primero, y desdeñar lo segundo.

Finalmente, tengamos muy en cuenta que la ausencia de interés en lo que producimos, que atraviesa edades, perspectivas teóricas y comunidades académicas, tiene un costo muy alto para la calidad del trabajo académico. Que no haya crítica y debate hace que se pueda escribir con impunidad. El silencio de la crítica conduce a la ociosidad académica, a bajar la guardia, a no afilar los conocimientos y a no actualizarse. Todos perdemos pues no cuestionamos nuestras certezas ni tampoco clarificamos lo que necesita ser aclarado. Si las ideas que a continuación se exponen contribuyen a generar discrepancia, ideas encontradas, críticas serias y bien sustentadas, nos damos por satisfechos.

¹³ VON IHERING, Rudolf. Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum. Editorial Civitas. Madrid. 1987. Pág. 218.

¹⁴ PASCO ARAUCO, Alan. “La defensa del poseedor precario en el proceso de desalojo. ¿El certificado de posesión constituye título que justifique la permanencia en el bien? La Corte Suprema se Reivindica”. En: Revista Jurídica del Perú. N° 119. Enero. 2011. Págs. 280-297.

CAPITULO I

NEGOCIO JURIDICO, CONTRATO, INVALIDEZ Y TERCEROS: RAZONES Y SENTIDO DE UNA INVESTIGACION

1. El subjetivismo en la teoría negocial

Como ya se dijo, en la actualidad asistimos a un proceso de dinamismo económico y rápida circulación de la riqueza, fomentado por el paradigma del libre mercado, el mecanismo de la contratación masiva y todos los esfuerzos que se hacen a nivel legislativo¹⁵ en pro de la denominada “seguridad jurídica dinámica”¹⁶.

¹⁵ Clara muestra de ello son las innovaciones legislativas introducidas hace algunos años en nuestro sistema jurídico con ocasión de la implementación (rectius, adecuación) de nuestro marco normativo al Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos. En efecto, como consecuencia de la suscripción de dicho acuerdo, ratificado en diciembre de 2007, se entregaron facultades al Poder Ejecutivo para que éste cumpla con adecuar el ordenamiento jurídico peruano a los requerimientos de la economía global. De esta manera, en un lapso de 180 días, se expidieron más de 90 Decretos Legislativos modificando sustancialmente todo nuestro sistema jurídico. Así, en el lapso de la semana del 23 al 29 de junio del año 2008 se expidió una Ley complementaria del sistema de protección al consumidor, una nueva Ley sobre represión de las prácticas anticompetitivas, una nueva Ley de represión de la Competencia Desleal, una nueva Ley de Arbitraje, modificaciones sustanciales al Código Procesal Civil, a la Ley General del Sistema Concursal, a la Ley de Conciliación, a la Ley de derechos de Autor, a la normativa referida a la propiedad industrial, entre muchas otras. Para un análisis de esta adecuación normativa, vista desde el punto del fenómeno conocido como americanización del Derecho, ver: MERINO ACUÑA, Roger. ¿Recepción o resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú. En: www.jus.unitn.it/cardoza/review/2008/Acuna.pdf.

Este proceso de dinamismo asume particular relevancia en la contratación. En efecto, desde hace algún tiempo las teorías han ido variando con la finalidad de adecuarse a los nuevos cambios acontecidos a lo largo del tiempo, dándole cada vez menos – pero sin llegar a suprimirla– importancia al aspecto subjetivo del contrato, otorgándole por el contrario mayor relevancia y trascendencia al ámbito objetivo del mismo.

Tal cambio comenzó a gestarse, en un inicio, en lo referente a la solución que debía adoptarse en un caso de discrepancia entre la voluntad interna de uno los declarantes y la declaración o exteriorización de dicha voluntad¹⁷. Este cambio -

¹⁶ El jurista alemán Víctor EHREMBERG propuso en 1903 hacer una distinción entre seguridad jurídica estática y dinámica. “La seguridad jurídica estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, sólo cabe que sea despojado de su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente. Cfr. GARCIA GARCIA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid. 1995. Pág. 91. En Sede nacional, sobre la seguridad jurídica dinámica y su relación con el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria se puede ver el interesante intercambio de ideas entre: FERNANDEZ CRUZ, Gaston. “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Peru”. En: Themis. N° 30. Lima 1994 p. 155; y BULLARD GONZALES, Alfredo. “Los sistemas de transferencia de propiedad”. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones Legales. Prologo de Fernando de Trazegnies. Palestra Editores. Lima 2003. pp. 149-150.

¹⁷ La doctrina tradicional ha señalado que los 4 típicos casos de discrepancia entre voluntad y declaración son: reserva mental, declaración hecha en broma, simulación y error obstativo. (STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 140-142). Aquello que LARENZ denominó “declaración de voluntad imperfecta” (LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1978. Pág. 495) y que ha sido asumida en sede nacional por TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. 1ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2002. Sin embargo, otro sector autorizado ha dado cuenta que “con el tema de la relación entre voluntad y declaración se enlazan varias figuras que, sin embargo, han sido agrupadas bajo el supuesto de la divergencia entre voluntad y declaración se enlazan varias

acaecido en el recorrido histórico entre el ochocientos y el novecientos - marca el paso de una concepción preponderantemente subjetiva a una concepción más objetiva del contrato.

En efecto, en el siglo XIX dominaba una concepción totalmente subjetiva del contrato, siendo decisivo el influjo de las doctrinas jusnaturalistas¹⁸ (junto con la enseñanza de la Escuela Histórica): la voluntad humana es la fuerza creadora de los efectos jurídicos y en el contrato la voluntad de los individuos contratantes lo es todo¹⁹.

figuras que, sin embargo, han sido agrupadas bajo el supuesto de la divergencia entre voluntad y declaración de modo inexacto, ya porque en muchas de tales figuras aquella divergencia no existe propiamente, ya porque no es la divergencia, en todo caso, la que determina el criterio de la disciplina de las distintas figuras, siendo como es diversa su disciplina en cada uno de los casos. Las figuras tradicionales y más notables a que nos referimos son las de la violencia absoluta, el llamado error obstativo, la declaración no seria, la reserva mental y la simulación”: SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág. 172.

¹⁸ “El iusnaturalismo ofrecía un fundamento metajurídico a la eficacia de la voluntad. En el plano científico, o de la investigación doctrinal, esta idea se manifestaba en la convicción, propia de la Escuela del Derecho natural, de que el problema fundamental para la ciencia jurídica era de la justicia. De aquí la amplitud de tarea y la extensión de poderes atribuidos al jurista, quien – se sostenía – en la interpretación del Derecho no debe limitarse a buscar una explicación coherente de las normas concretas; debe procurar – así se decía – que la construcción sea adecuada a aquellas premisas y a aquellos fines desde los que el Derecho parte y a los cuales tiende. De aquí el uso frecuente, especialmente en materia de negocio jurídico, del recurso al sentido de equidad y de expresiones como: “no es justo” o bien “es injutos” y semejantes”: STOLFI. “La dottrina dell’autonomia della volontà e le sue esagerazioni nel diritto civile”. En: Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obligaxione. II. Milano. 1915. Pág. 87. Sin embargo, con el paso del tiempo y la aparición del principio de la estatalidad del Derecho, esta equiparación entre realización de la voluntad y realización de la justicia sustancial fue perdiendo su fundamento filosófico y en general metajurídico.

¹⁹ Debe tenerse en cuenta que la doctrina en general, cuando habla de dogma de la voluntad, se refiere a una teoría única y totalmente coherente. Sin embargo, tras la aparente uniformidad se encuentran dos concepciones diversas, cada una de las cuales ha influido de distinta forma sobre las teorías. “La primera concepción, y más antigua, es la que se fija especialmente en el problema del fundamento que ha de darse a los efectos negociales; la segunda, por el contrario, tiene como finalidad esencial trazar con precisión las líneas estructurales del negocio. En el primer aspecto, el problema dominante viene dado por la relación entre voluntad y Derecho, y el esfuerzo de la

De este modo, el dogma de la voluntad²⁰ era la fórmula que expresaba el papel totalizador de la voluntad del contrato, lo cual tenía notable significado ideológico y político: “El significado ideológico y político se encuentra en la conexión entre voluntad y libertad. Exaltar la voluntad del individuo significa exaltar la libertad individual. Exaltar la libertad individual es precondition cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en gran parte de occidente a partir de los primeros años del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuesto a la sociedad y a la economía del *ancien régime*²¹.”

doctrina está dirigido a probar que la eficacia vinculante de la disposición negocial o, para ser más precisos, que la calificación jurídica de los efectos procede directamente de la voluntad, por un poder intrínseco a la misma, que se explica por razones superiores de carácter ético y filosófico. La concepción se podría denominar exactamente filosófico – social. La segunda concepción tiene también su origen en la idea de que a la voluntad se le debe reconocer la virtud de producir efectos en el mundo jurídico, pero encuentra la fuente de esta virtud en una atribución que realiza el ordenamiento jurídico, y esta premisa, aceptada como dato indiscutible, se toma como punto de partida para hacer un examen de los hechos psicológicos, con miras a trazar perfectamente la figura negocial. Esta concepción podría llamarse psicológica”: SCOGNAMIGLIO, Renato. Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari, Dei requisiti del contratto (Artt. 1321-1352). Bologna-Roma, Comm. cod.civ. a cura di Scialoja-Branca. 1970. Pág. 918.

²⁰ “La palabra dogma, según su significado corriente, indica un principio absoluto e indiscutible: en el Derecho, un principio semejante deberá referirse a los fines propios del ordenamiento jurídico y, por tanto, a la realización de la justicia. En tal caso, existirá dogma en relación con el tema de la voluntad, cuando la realización de la justicia esté encomendada, por definición, a la realización o a la tutela de un determinado hecho, como ha sucedido, por ejemplo, con la voluntad. Efectivamente, el dogma de la voluntad consiste esencialmente, a mi entender, en el convencimiento de que la realización de la justicia está encomendada a la realización de la voluntad y se identifica con ella. En el plano negocial esta convicción se transformará en la idea de que todo negocio válido, apoyado en una voluntad real, es también un negocio justo, es decir, pone fin al conflicto de intereses conforme a justicia”: PALAZZI, Fernando. Novissimo dizionario della lingua italiana. Casa Editrice Ceschina. Milano. 1951. Pág. 283.

²¹ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1ª. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 59.

Efectivamente, aquella – la del antiguo régimen - era una sociedad estratificada y rígida: los individuos pertenecían por nacimiento a “clases” u “órdenes”, y la pertenencia a uno u otro de estos – el status de la persona – determinaba indeclinablemente el destino social, económico, jurídico, el cual no estaba, sino en pequeña parte, en la esfera de libertad del sujeto²². La moderna sociedad burguesa libera a los individuos del vínculo de los status: independientemente del nacimiento de cada hombre, si es capaz y tiene suerte, puede voluntaria y libremente construir su propia posición en la sociedad, en la economía²³.

De este modo, “el contrato libre y voluntario es el instrumento para la identificación de los destinos individuales. Así se entiende la clásica fórmula de Henry S. Maine que indica el itinerario desde la vieja hacia la nueva sociedad: “del status al contrato”²⁴.

Por otro lado, al modelo de la economía precapitalista (proteccionismo, fuerte injerencia del poder público), la economía capitalista opone un modelo de políticas liberales (*laissez-faire*) que dejan grandes espacios a las iniciativa privada y a los procesos de autorregulación de las fuerzas del mercado (comenzando por el mercado laboral), y mínimos espacios a intervenciones de regulación pública”²⁵.

²² GOETZ, Walter y KIRN, Paul. La Edad Media. Hasta el final de los Staufen. Versión española de Manuel García Morente. Tomo III. 6ª. Edición. Madrid. 1933. Págs. 17-22

²³ “Con la evolución económica se transforman profundamente las clases sociales. La burguesía del dinero, en Inglaterra y Francia, alcanza un poderío muy superior al de la nobleza; las antiguas organizaciones corporativas sucumben ante la industria capitalista y se forma un proletariado industrial que ataca a la burguesía artesana. Mientras, la riqueza se acumula en manos de los hombres de negocios”: PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Volumen VI. Grupo Editorial Océano. 1987. Pág. 1659

²⁴ ROPPO. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 59.

²⁵ PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Ob. Cit. Pág. 1660.

Este dogma de la voluntad también trajo importantes consecuencias prácticas: cualquier hecho o circunstancia capaz de afectar la voluntad del declarante, ponía en discusión el contrato y sus efectos. Según los teóricos del dogma de la voluntad – también conocida como “autonomía de la voluntad” -, si ésta nace de una esfera fisiopsíquica deteriorada o no madura (por ejemplo, porque es la voluntad de un sujeto sin discernimiento²⁶), el contrato debe siempre cancelarse. Si la voluntad se forma bajo la influencia de factores psíquicos que perturban el regular procedimiento de formación (por ejemplo, un error del sujeto), el contrato debe siempre cancelarse. Si la manera en la cual la voluntad del sujeto es manifestada al exterior y declarada a la contraparte no coincide con el efectivo comportamiento psíquico del sujeto mismo (por ejemplo, por su lapsus), la divergencia entre voluntad declarada y voluntad real lleva siempre a la cancelación del contrato, lo cual afectaría la confianza depositada por la contraparte.²⁷

Sin embargo, hacia fines del ochocientos, el dogma de la voluntad entra en crisis y con ésta la teoría subjetiva del contrato. Son decisivas, sobre todo, las exigencias de un mercado capitalista ya más maduro. “En fase de capitalismo emergente, era esencial que los *animal spirits* de la iniciativa económica se desencadenaran en su trascendente subjetividad, y por ello la prevalencia de la voluntad aun no declarada. En cambio, en la fase del capitalismo más evolucionado y asentado, deviene importante la certeza de las relaciones jurídico – económicas, cuya

²⁶ El discernimiento da lugar a la denominada capacidad natural, que en Italia es entendida como aquella capacidad de entender y querer, la cual a su vez se encontraría dentro del género capacidad de obrar y debería ser verificado caso por caso por el Juez en relación con el singular acto realizado por el sujeto: BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Tomo I. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1992. Pág. 1027.

²⁷ BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000. Pág. 60.

ausencia puede desalentar o frenar las iniciativas. Pero el dogma de la voluntad es enemigo de la certeza de las relaciones jurídico – económicas: si el contrato puede ser cancelado por factores que pertenecen a la esfera psíquica de las partes, cada parte en todo contrato corre el riesgo de que sus derechos contractuales sean eliminados por factores impalpables, incontrolables, no conocibles; cada parte vive su contrato en la desagradable y desalentadora dimensión de la incertidumbre. Esto, probablemente, deprime su deseo de emprender. Pero una depresión de la iniciativa es intolerable para el desarrollo del capitalismo”²⁸

Se explica así, entonces, la transición de la concepción subjetiva del contrato – fundada en el dogma de la voluntad, y por esto generadora de incertidumbre – a concepciones objetivas, idóneas para colocar la actividad y las posiciones de los contratantes en una dimensión de mayor certeza.

2. Hacia la objetivación de la teoría negocial

Una vez que el dogma de la autonomía de la voluntad fue estructurado en sus diversas manifestaciones jurídicas, aparejado con la aparición de la contratación en masa, comenzó el declive del principio. La doctrina preocupada de proteger al contratante débil, comenzó a buscar los distintos mecanismos jurídicos en la teoría general del contrato para establecer los límites necesarios al principio de la autonomía de la voluntad. Surge, de este modo, una tendencia hacia la objetivación del contrato.

²⁸ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 60.

El paradigma de las concepciones objetivas del contrato es la denominada teoría de la declaración²⁹, que se difunde en el novecientos. Por ésta, en el contrato es importante no sólo la efectiva voluntad individual, por cómo se forma en la esfera psíquica del sujeto, sino también su proyección social externa, y en particular el modo en el cual la voluntad de la parte es percibida por la contraparte. Esta percepción está determinada esencialmente por el modo en el cual la voluntad objetivamente es manifestada externamente; por consiguiente lo fundamental es el tenor objetivo de la declaración de voluntad³⁰.

Una variante de la teoría de la declaración es la teoría de la confianza³¹, que se diferencia de ella en muchos aspectos, pero que, al igual que ella, encuentra como sustento el proceso de objetivación a que se vio sometida la teoría negocial.

Con acierto se ha dicho que “con el principio de la confianza se tiende a dar al problema un enfoque distinto, huyendo de la alternativa entre voluntad y declaración. Ya las afirmaciones, hoy día comunes, para las que el negocio consta de un elemento interno y de otro externo, subrayando la unidad del acto, nos llevan al convencimiento de que una teoría sobre el negocio ha de tener en cuenta ambos aspectos, a fin de tutelar tanto la voluntad de quien la recibe. En esta

²⁹ El respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, el deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada, son las ideas principales en que se basa la denominada teoría de la declaración, que se fija especialmente en el elemento externo del negocio, en la expresión más que en la intención que le ha dado vida. En este sentido puede verse: AZUA GONZALES, Clara. La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos. Editorial Universidad del País Vasco. Bilbao. 2000; quien partiendo del respeto que merecen tales expectativas generadas en la contraparte, analiza el régimen de la denominada responsabilidad precontractual en el derecho alemán, italiano, francés y español.

³⁰ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 111.

³¹ Sobre la teoría de la confianza nos pronunciaremos en extenso en el Capítulo IV de la presente investigación.

tendencia a una regulación moderada, todavía sin desligar, al menos en principio, de las opuestas teorías basadas en la voluntad y la declaración, reside la característica esencial de la teoría de la confianza. Tan solo bajo este aspecto es lícito contraponer la teoría de la confianza a la de la declaración”³²

El éxito de la teoría de la confianza está en buscar una conciliación del interés de ambas partes: tanto el del declarante como de quien recibe tal declaración: “(...) la moderna dirección doctrinal, mientras se niega a reconocer valor a la simple expresión verbal de las partes, para no ir a parar de la postura unilateral del voluntarismo a otro igualmente unilateral, desde un formalismo conceptual a un formalismo literal, encuentra en la posibilidad que el principio de la confianza tiene de dispensar idéntica protección a las partes contrapuestas la razón para hacer del mismo el objeto de su elección”³³

En base a la teoría de la confianza, quien recibe la declaración contractual ajena la percibe en su significado socialmente típico, y en base a este significado otorga su confianza: es decir, organiza sus posiciones, iniciativas, expectativas en función de un contrato estable entre él y el declarante, provisto de ese significado. Decirle luego que ese contrato no vale, porque el significado objetivo de la declaración es contradicho por el efectivo psiquismo del declarante, significa defraudar su confianza. Y entonces: si quien recibe la declaración contractual confía en ésta, porque su autor no parece ni incapaz de entender y de querer, ni caído en error, ni víctima de un lapsus, entonces el contrato rige incluso si la voluntad del declarante está realmente viciada por la incapacidad o por el error o por el lapsus.

³² PIETROBON, Vittorino. El error en la doctrina del negocio jurídico. Traducción de Mariano Alonso Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. Pág. 3.

³³ Ibid. Pág. 4

Por ello con acierto se ha dicho que “tener a este sujeto vinculado al contrato puede ser severo, pero no injusto. Lo justifica un principio de responsabilidad (mejor: autorresponsabilidad) del declarante: quien introduce una declaración contractual en el tráfico jurídico asume el riesgo de la confianza que la declaración crea; y si su declaración refleja una voluntad viciada él debe afrontar las consecuencias, soportando el contrato (que no podría cancelarse, sin defraudar la confianza creada en la contraparte)”³⁴.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que si bien la moderna disciplina del contrato, sensible a la exigencia de tutelar la confianza, sigue la teoría de la declaración, ello no significa de ningún modo anular el valor de la voluntad, que permanece siempre fundamental en el contrato.

En efecto, “las reglas inspiradas en la teoría de la declaración dejan siempre amplios espacios a la posibilidad de que el contrato sea cancelado por debilidad o turbaciones en la esfera volitiva del contratante. Y, en todo caso, la posible preminencia de la declaración (y de su percepción) respecto a la voluntad encuentra dos límites insuperables. Primeramente, la declaración es irrelevante si no es atribuible al sujeto que parece el autor: si A recibe una declaración contractual con firma de B, pero la firma es falsa, la declaración no puede valer como declaración de B aunque A haya confiado en su proveniencia de B. Además, la declaración es irrelevante cuando su autor no tenga la voluntad de emplearla como declaración contractual, destinada a la formación de un contrato: si X escribe y firma una oferta contractual dirigida a Y, pero sin la intención de utilizarla efectivamente para un contrato con Y, y por error o malicia alguien la transmite a Y, este confiará en el contrato entre él y X; y sin embargo, no hay contrato válido entre X e Y. por el papel que la voluntad tiene en el contrato, no se considera justo

³⁴ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 61

que la auto responsabilidad del declaraente y la tutela de la confianza de la contraparte lleguen más allá de estos límites”³⁵

Esta tendencia a una concepción objetiva del contrato sustentada en la confianza que deposita una de las partes en la declaración de la otra - pero sin dejar de reconocer el importante papel de la voluntad - se manifestó en la denominada teoría preceptiva³⁶, cultivada en Italia hacia la mitad del novecientos³⁷.

Otro producto de la concepción objetiva del contrato es la teoría de las relaciones contractuales de hecho³⁸: según ella, una relación contractual puede constituirse

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Sobre ésta, así como el resto de teorías que se han elaborado sobre el negocio jurídico, nos detendremos en el siguiente capítulo. No obstante, corresponda hacer una breve referencia: la teoría preceptiva, a diferencia de la teoría de la declaración, tiene un valor doctrinal más operativo. Considera que la esencia del negocio jurídico no es el fenómeno psicológico de la (acorde) voluntad de las partes, sino el fenómeno (social, aun antes que jurídico) de la autoreglamentación de los intereses de las partes. “La definición de contrato como autorreglamento, formulado en términos de irreducible oposición a la teoría llamada subjetiva, integra la noción de contrato, poniendo atención en el ineliminable momento objetivo, esto es, en la disposición o la regla que las partes ponen mediante su acuerdo”: BIANCA, Massimo. *Il Contratto*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1987. Pág. 6.

³⁷ A pesar de la importancia de la teoría preceptiva – sostenida por Emilio Betti - por los avances que tuvo con relación a la teoría voluntarista, no ha estado exenta de críticas: “La concepción de la teoría preceptiva es discutible. Poner énfasis en la regla (el precepto) que el contrato impone a las partes es útil (y nosotros mismos emplearemos la idea de reglamento contractual), y sin tal acuerdo no subsistiría. Por lo demás, la misma teoría preceptiva habla de autorreglamento de intereses, es decir, de reglamento basado en la autonomía: ¿pero qué, sino la voluntad de las partes, es el instrumento de su autonomía?”: ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Ob. Cit. Pág. 61.

³⁸ La doctrina de las relaciones contractuales de hecho fue creada por Günther Haupt en su lección inaugural en Leipzig en 1941. A pesar de la amplia bibliografía, la doctrina no ha ido sensiblemente más allá de lo que dijo Haupt en sólo 30 páginas. El trabajo de Siebert “*Faktische Vertragsverhältnisse*” (“Relaciones contractuales de hecho”) es el que mejor documenta el estado actual de la doctrina, y en éste se trata sobre todo de dos conjuntos de cuestiones: uno, las prestaciones (servicios) del tráfico en masa, y el otro, el tratamiento jurídico de las relaciones obligatorias de trato sucesivo en virtud de contratos ineficaces, en especial en virtud de contratos de sociedad y de trabajo. Al respecto ver: FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico, Parte General del*

entre dos partes incluso en ausencia de sus (válidas) manifestaciones de voluntad contractual, simplemente en virtud del contacto social establecido entre ellas³⁹.

Este contacto social, generador de la relación contractual, puede establecerse fundamentalmente de dos maneras, a las cuales corresponden los dos filones de supuestos de hecho que habitualmente se vinculan a la figura: el filón de los denominados negocios de actuación⁴⁰ y el filón del contrato nulo ejecutado⁴¹.

Derecho Civil. Tomo Segundo. Traducción de José María Miquel González. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 1998. Págs. 128-129.

³⁹ Incluso hoy en día se quiere ir más allá de ello y se llega a sostener la posibilidad de que existan intercambios económicos incluso necesidad de que exista una declaración de voluntad coincidente de ambas partes, es decir, sin necesidad de que exista un acuerdo contractual. Así, “en la actualidad, la libertad de iniciativa económica (...) se ha disociado del acuerdo. No existe ningún nexo entre la protección de los intercambios económicos y el diálogo lingüístico (...) el declive del acuerdo disuelve el contrato en la combinación de dos actos unilaterales”: IRTI, Natalino. “Intercambios sin acuerdo”. En: Estudios sobre el Contrato en General. 2ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2004. Págs. 287-308.

⁴⁰ En los denominados negocios de actuación (que se refieren además a la provisión de bienes o servicios de masa) el contacto social se establece porque el sujeto interesado en la prestación se apropia directamente de ésta: el cliente del supermercado toma el producto que quiere adquirir y lo lleva a la caja junto con el dinero; el pasajero sube el autobús para utilizar el servicio de transporte; el automovilista entra en el estacionamiento automatizado y allí deja el auto. En todos estos casos surge una relación contractual, pero no a través de la comunicación lingüística (verbal o escrita) que es el vehículo normal de la declaración contractual, sino a través de un comportamiento que se revela no tanto como manifestación de la subjetiva voluntad de contratar, cuanto mas bien como objetivo contacto entre la esfera del usuario y la esfera del proveedor. Es lo que LARENZ denominó “relaciones jurídicas obligatorias derivadas de conducta social típica”: FLUME, Werner. El Negocio Jurídico. Parte General del Derecho Civil. Ob. Cit. Pág. 129.

⁴¹ En el contrato nulo, el contacto social entre las partes se establece porque el contrato entre sí, aun cuando nulo, ha sido efectivamente para el empleador: por ejemplo, el trabajador ha trabajado efectivamente para el empleador. En este escenario las consecuencias jurídicas son sustancialmente las mismas que se producirían en base al contrato, si este fuera válido. Sin embargo, el mecanismo encuentra un límite en el motivo de nulidad: el contrato no se recupera ni siquiera con la ejecución, si la nulidad deriva de la ilicitud del objeto o de la causa”. Así, “cuando el contrato es nulo sin ser ilícito, el hecho de la ejecución pone en la sombra el interés para cancelar los efectos, predominando el interés a regular está individualizado en las mismas previsiones contractuales. Pero cuando el contrato es ilícito, su disvalor social es tan fuerte lo que hace implantable como parámetro para modelar la disciplina de la relación: domina el interés por truncar de cualquier manera todos los efectos contractuales”: ROPPO. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 786.

3. La objetivación del contrato y su repercusión en los terceros

Esta inclinación hacia una concepción objetiva del contrato se ha planteado siempre a nivel de las partes contratantes. Esto es, siempre se ha analizado qué sucede cuando la declaración de una de ellas disocia de la voluntad intrínseca no declarada, y la otra confía en tal declaración y actúa conforme a ella.

Una primera solución, como ya se indicó, fue darle prevalencia al elemento subjetivo, prevaleciendo la voluntad interna a costa de perjudicar al contratante que confió en la declaración. Luego, con el advenimiento de una economía capitalista más desarrollada, se dio prevalencia al elemento objetivo, a la declaración por sobre la voluntad, tomando en consideración la confianza de la contraparte puesta en tal declaración así como la responsabilidad del declarante en haber sido el generador o haber contribuido en tal disociación.

Sin embargo, muchas veces el ámbito de un contrato sobrepasa a las partes celebrantes y llega a involucrar – a veces positiva, otras negativamente – a terceros ajenos a la celebración de dicho acuerdo. Y con esto no estamos haciendo referencia aquello universalmente conocido como el principio de relatividad de los efectos del contrato⁴², según el cual el contrato sólo produce

⁴² En algunos países, el principio de relatividad de los efectos del contrato está expresamente codificado: así, por ejemplo, se encuentra previsto en el artículo 1165 del Code Napoléon (“Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121”), en el Código Civil español de 1889, por la combinación de las disposiciones de los artículos 1901 y el segundo párrafo del 1257, al igual que en el segundo párrafo del artículo 1372 del Codice Civile italiano de 1942, con lo que se confirma la sustancial continuidad de orientación entre los códigos civiles del área francófona. En nuestro país el principio está consagrado en el artículo 1363° CC (“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones transmisibles”); norma tomada del artículo 1372° del Código Civil italiano. Por el

efectos para las partes que lo celebraron, y por ende: (i) el contrato no puede imponer obligaciones a los terceros⁴³; (ii) el contrato no sustrae al tercero de sus derechos⁴⁴.

Cuando decimos que el contrato puede sobrepasar el ámbito inter partes que lo caracteriza, nos referimos a dos cosas que – como ya se dijo – distan del denominado principio de relatividad⁴⁵:

contrario, en otros ordenamientos europeos el principio emerge implícitamente del sistema, como se considera en el derecho alemán donde, por otro lado, la relatividad de los efectos resulta un problema más vinculado a la relación obligatoria que al negocio jurídico o al contrato. Ello sucede también en el derecho inglés con la doctrina del “privity of contract (“a non party cannot bring an action on the contract”). Un interesante análisis de este principio puede verse en: FORNO FLOREZ, Hugo. “El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena”. En: *Ius Et Veritas*. Revista de Derecho. N° 10. 1995. Págs. 179-195.

⁴³ Del contrato entre A y B pueden nacer obligaciones sólo a cargo de A y/o de B, no a cargo de X; por ello, aunque A y B convengan en su contrato que nazca la obligación a cargo de X, tal efecto no se producirá. Lo confirma la regla sobre la promesa del hecho del tercero consagrada en el artículo 1470° CC: Si A contrata con B prometiendo que el tercero X hará algo a su favor, no nace ninguna obligación de X (el contrato A-B no es oponible a X); deriva sólo que el promitente asume un deber de garantía a favor del otro contratante (pago de una indemnización), si el tercero no cumple el hecho prometido.

⁴⁴ El contrato entre A y B no puede privar a X de la propiedad de su bien o de la titularidad de su crédito. De esto da plena confirmación la disciplina de la venta de cosa ajena, la cual es rescindible y por ende ineficaz a solicitud del comprador. Sin embargo, en este punto, una aclaración resulta pertinente: “Una cosa es quitar al tercero la titularidad de su derecho (lo que el contrato no está en grado de hacer); otra cosa es violar el derecho del tercero: lo que el contrato fácticamente sí puede lograr. Si X tiene prelación frente a A, la venta del bien de A a B viola el derecho del tercero X; pero en ningún modo priva a éste de su derecho (es más, la persistente titularidad a favor de X es precisamente lo que lo legitima a los remedios del caso): ROPPO, El Contrato. Ob. Cit. Pág. 528.

⁴⁵ “En la actualidad, este dogma de la relatividad de los efectos del contrato está sufriendo, en los ordenamientos jurídicos modernos de todas las latitudes, un considerable replanteamiento como consecuencia de dos fenómenos de erosión de aparente signo contrario pero convergentes en su resultado: por un lado, la expansión de los casos de responsabilidad aquiliana derivada de un contrato; por otro lado, el reconocimiento a los terceros, por definición ajenos al contrato, de remedios y/o excepciones contractuales”: MOSCATTI, Enrico. “I remedi contrattuali a favore de terzi”. En: *Rivista di diritto civile* Año XLIX. Número 4. Julio-Agosto. Padua. Cedam. 2003. Págs. 357-393.

(i) Por un lado, el contrato puede sobrepasar el ámbito estrictamente inter parte y afectar de forma positiva a los terceros, cuando respecto de estos se dan consecuencias fácticas ventajosas. Por ejemplo, de la toma en arrendamiento de una bella casa, de hecho se benefician esposa e hijos convivientes con el arrendador aun cuando ajenos al contrato. Lo mismo sucede cuando el propietario de una de las casas del vecindario decide contratar con un experto jardinero para que éste brinde un mantenimiento adecuado AL jardín de la casa, con lo cual el vecino se verá beneficiado del buen paisaje⁴⁶.

(ii) Por otro lado, es posible también que la posición de los terceros se pueda ver alterada de forma negativa como consecuencia de que el contrato celebrado entre dos partes presente algún vicio que pueda ser extensible a aquél⁴⁷.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la denominada nulidad derivada: “la nulidad de un contrato determinada por la nulidad de un precedente contrato, del cual el contrato depende en el plano práctico – económico. Nula la concertación anticompetitiva, por ejemplo, entre los bancos que en “cartel” fijan las condiciones que todos aplicarán a sus clientes, ¿son nulos, en cascada, también los contratos entre singulares bancos y clientes, en la parte en la que aplican las condiciones

⁴⁶ Esto en la teoría económica se conoce como “externalidades positivas”: aquellos efectos no contratados por un sujeto a pesar de lo cual recaen sobre su esfera jurídica y lo benefician.

⁴⁷ “En el mundo de las transferencias inmobiliarias surge un problema recurrente: ¿qué ocurre si el acto jurídico contenido en la inscripción es nulo? El conflicto de intereses se manifiesta en cuanto el negocio nulo afecta no sólo a las partes contratantes, sino también al tercero sucesivo, que no es parte en el acto inválido, pero que lo tiene como causa de su propia adquisición, pues su título se encadena con el anterior que se encuentra viciado de nulidad”: GONZALES BARRON, Gunther. Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú. En: ALVAREZ CAPEROCHIP, José Antonio. Jurista Editores. Lima. 2010. Pág. 113.

del cartel? Si la respuesta fuera sí (pero la cuestión es discutida), se trataría precisamente de nulidad derivada”⁴⁸.

Lo mismo sucede si el contrato entre A y B es nulo por alguna de las causales reguladas en el artículo 219° CC, y luego, el derecho adquirido por A en base a dicho contrato, es transferido a favor de C, tercero subadquiriente. ¿La invalidez del primer contrato afecta la adquisición de C? Y si el contrato no estuviese afecto por una causal de nulidad, sino que fuese anulable (artículo 221° CC), ¿la anulación de dicho contrato afectaría la adquisición efectuada por el tercero subadquirente?

Téngase en cuenta que – entonces - más que de una nulidad derivada, debería hablarse de una invalidez derivada, en la medida que el contrato primigenio del cual el tercero subadquiere un derecho puede ser nulo o anulable (ambas figuras, englobadas en la categoría general de la invalidez o ineficacia estructural)⁴⁹

Entonces, cuando la esfera contractual sobrepasa el ámbito inter partes y se prolonga hasta los terceros, poniéndolos en la situación de poder resultar afectados, el sistema jurídico se encuentra en un dilema – similar a aquél en el que se encontraba cuando tenía que decidir entre hacer prevalecer la voluntad interna o la declaración que resultaba disconforme a ella: o protege a una de las partes contratantes o protege a los terceros subadquirentes.

Así como en un inicio se hablaba del dogma de la voluntad o la autonomía de la voluntad y en función a ella se protegía al declarante, dando prevalencia a su real voluntad interna por encima de su declaración objetiva, cuando el asunto

⁴⁸ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Pág. 692.

⁴⁹ Sobre este punto se volverá en extenso en el capítulo III.

trasciende hasta terceros subadquirentes pudiendo afectarlos de forma negativa, existe otro dogma: el dogma del contrato nulo entendido como inexistente y la de la nulidad entendida como la inexistencia de efectos jurídico y por ende la posibilidad de atacar, en función a esta nulidad (asimilable a la inexistencia) todas las adquisiciones derivadas de la misma.

Según este dogma, la nulidad es vista como la máxima sanción que el sistema jurídico consagara contra los acuerdos de los particulares, por lo que de un contrato nulo no podrían derivar desplazamientos patrimoniales, adquisiciones de derechos, ejecución de prestaciones ni constitución de relaciones jurídicas.

Partiendo de tal premisa, se llega a sostener que el contrato nulo debe ser tomado como si nunca hubiese nacido – confundiendo groseramente dos instituciones que mantienen plena autonomía, como lo son la nulidad y la inexistencia⁵⁰ - y se le diferencia del contrato anulable en la medida que – se sostiene - mientras éste sí produce efectos jurídicos aunque de forma precaria - dependiendo de la voluntad de las partes sanearlo o ponerle fin del todo mediante una sentencia de anulación -, aquél jamás produce efectos jurídicos, resultando impensable pretender derivar de un contrato nulo sucesivas adquisiciones, sin importar de quién se trate⁵¹.

⁵⁰ Sobre esta diferenciación se volverá en el Capítulo III de la presente investigación.

⁵¹ En sede nacional, este dogma ha sido asumido por un sector de la doctrina: “Desde un ortodoxo punto de vista, la nulidad y la anulación deben tener como consecuencia la ineficacia erga omnes, desde la existencia del vicio (original o sobrevenido: por ejemplo, restricción, luego de celebrado el negocio y antes de su ejecución, a la comercialidad de ciertos bienes). Esto implica que, constatado el defecto, decaen todos los derechos asentados en el negocio inválido. Es la aplicación de la regla *nemo plus iuris in aliud transferre potest quam ipse habet*, por la cual no se puede transmitir un derecho, o derecho mejor o más amplio que el que se tiene. Y, viceversa, tampoco se puede adquirir”: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. 2ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 1994. 561.

Este dogma, al igual como sucedía con el dogma de la voluntad, que dejaba en desamparo a la parte que actuaba conforme a la apariencia y confiaba en la declaración de su contraparte, deja en indefensión a aquel tercero subadquirente que actúa movido por una apariencia de validez creada por el acuerdo de las partes contratantes.

No obstante - y conforme ya se indicó - la objetivación de la contratación y el decaimiento del dogma de la voluntad, dieron lugar a una serie de medidas que, poco a poco, fueron rompiendo los esquemas tradicionales. Así sucedió, por ejemplo, con los negocios de actuación o los negocios celebrados no mediante una declaración de voluntad, sino en virtud de una conducta social típica⁵², a los que ya se hizo referencia páginas atrás.

Esta misma objetivación en el intercambio, sumado a la tutela de la confianza y la apariencia, permiten plantear, lo referente a la posición de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos (invalidez derivada), el decaimiento del “dogma de la nulidad como inexistencia de efectos jurídicos”.

En primer lugar, y como ya se indicó, la doctrina clásica sugiere representar los efectos del contrato nulo y del anulable según una dicotomía simplificada: el contrato nulo sería radicalmente improductivo de efectos jurídicos⁵³; el contrato anulable produciría en cambio sus efectos de forma precaria que podrían, no

⁵² Precisamente en esto radica la diferencia entre manifestación y declaración de voluntad: la primera es el género y la segunda una especie del mismo. Así, una persona puede manifestar su voluntad ya sea mediante una declaración de voluntad - que implica una exteriorización de la voluntad mediante signos sensibles, social o convencionalmente admitidos (palabra escrita, hablada, gestos, medios electrónicos, etc.) – o mediante la denominada conducta social típica o actos concluyentes – actos autónomos autosuficientes.

⁵³ En esto precisamente consiste el aforismo romano “quod nullum est, nullum producit effectum”.

obstante, ser removidos con la anulación. Coherente con este planteamiento dicotómico tal doctrina llega a sostener que la sentencia judicial que se pronuncia sobre la nulidad de un contrato es declarativa⁵⁴, mientras aquella que anula un contrato anulable sería constitutiva⁵⁵.

Sin embargo, “no es cierto que el contrato nulo sea radicalmente improductivo de efectos: en cambio es verdad que este pueda producir algunos efectos (también fuera de los fiscales, vinculados a la celebración del contrato). Y es a la luz de estos efectos del contrato nulo que se aprecia, también en el plano práctico, su distinción del contrato inexistente (éste sí improductivo de cualquier efecto)”⁵⁶.

Es por ello que, en general, el contrato nulo: produce los efectos (aunque distintos de los programados) del contrato en el cual se convierta⁵⁷; cuando las partes hayan ejecutado las “prestaciones”, produce el efecto de hacer repetibles las mismas a favor de la parte que las realizó⁵⁸; cuando resulte inscrito antes de la inscripción de la demanda de nulidad, produce el efecto de hacer inatacable el derecho del tercero sub adquirente⁵⁹. Además, el contrato afectado por nulidad

⁵⁴ El contrato fue nulo desde el momento de su celebración y por ende nunca produjo efectos desde tal momento, limitándose la sentencia judicial a reconocer tal situación.

⁵⁵ El contrato anulable sí producía efectos jurídicos de forma precaria antes de que se emitiese la sentencia anulándolo. Sin embargo, a partir de este momento, el contrato anulable pasa a ser un contrato anulado y por ende improductivo de efectos jurídicos hacia el futuro.

⁵⁶ ROPPO, El Contrato. Ob. Cit. Pág. 802.

⁵⁷ Este punto será analizado íntegramente en el capítulo III de la presente investigación.

⁵⁸ Este punto será desarrollado íntegramente en el último capítulo de la presente investigación.

⁵⁹ Este punto será analizado íntegramente en el capítulo IV de la presente investigación.

parcial⁶⁰ produce el efecto de vincular a su reglamento a la parte distinta de la parte protegida, en cuanto esta no se valga de la nulidad⁶¹.

A tal punto se ha roto con tal dogma sobre la nulidad que hoy en día ya no se sostiene que la diferencia con la anulabilidad estriba en que aquella nunca produce efectos jurídicos mientras que ésta sí, sólo que de forma precaria. Más bien la distinción⁶², hoy en día, se encuentra lejos del ámbito de los efectos jurídicos.

En efecto, si bien “tanto la anulabilidad como las nulidades estructurales protegen a una parte, y en este sentido puede decirse que ambas protegen un interés particular, ellas indirectamente protegen el interés por un ejercicio de la autonomía privada correcto y razonable: y dado que este es un interés del sistema, podría decirse, al contrario, que ambas expresan un interés general”⁶³. Sin embargo, “existe una diferencia trascendental entre ambas figuras. La anulabilidad se desencadena en casos en los cuales el normal desarrollo de la autonomía privada es perturbado por factores internos a la esfera de conciencia y voluntad de la parte protegida: el remedio salvaguarda las condiciones subjetivas para el correcto y razonable ejercicio de la autonomía privada. En cambio, las nulidades estructurales salvaguardan las condiciones objetivas de un determinado ejercicio,

⁶⁰ Artículo 224° CC.- “La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean substituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal”.

⁶¹ El tema de la nulidad parcial será analizada en el capítulo III de la presente investigación.

⁶² Sobre esta distinción y el análisis particular y pormenorizado de cada una de estas figuras se volverá en el capítulo III y IV de la presente investigación.

⁶³ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 694.

o bien reaccionan contra factores de perturbación, externos a esa esfera: existe en la base de éstas un excedente de interés general, o una superior evidencia del interés general, a que los efectos del contrato no tengan curso”⁶⁴

No obstante, pocas veces se hace referencia a la importancia que asume este proceso de objetivación del contrato – que, como se acaba de ver, produce consecuencias prácticas en lo referente al régimen de la invalidez, rompiendo de manera radical con el dogma de la “nulidad como sinónimo de inexistencia” - con relación a los terceros subadquirentes; centrándose - la mayoría de veces – la atención en la posición de uno de los contratantes que confió en la declaración emitida por su contraparte.

Afortunadamente, hace algún tiempo un sector de la doctrina comenzó a hacer notar la importancia y relevancia que asume este proceso de objetivación del contrato con relación a los terceros subadquirentes y la protección que merecen cuando sus adquisiciones encuentra como causa un previo contrato inválido. En este sentido se ha dicho que “En cuanto a la posición de los terceros, existe primeramente el problema de la ineficacia hecha valer en contra del tercero. La ineficacia por nulidad o condicionamiento arrastra a la adquisición, hecha por el tercero, de la posición dependiente de contrato nulo o condicionado. En cambio, la ineficacia por resolución o separación, como regla, no perjudica las posiciones precedentemente adquiridas por los terceros sobre la base del contrato luego convertido en ineficaz. Pero, en estos casos, la ineficacia opera contra los terceros al menos para el futuro: resuelta la venta de A a B, si después X adquiere de B, a él puede bien oponerse que, en virtud de la precedente resolución, él ha adquirido a non domino; y en efecto, la cuestión se representa, por lo general, en términos de retroactividad o no retroactividad. Así mismo, existen situaciones intermedias: la ineficacia puede hacerse valer (a veces se dirá “retrotraer”) no contra todos los

⁶⁴ Ibíd.

terceros, sino sólo contra determinadas clases de terceros: la ineficacia por anulación, por simulación, por revocación de los actos de disposición lesivas del créditos puede hacerse valer solo contra los terceros cuya adquisición no tenga determinadas características (no sea onerosa y/o de buena fe)”⁶⁵.

Esto sucede en el caso de las denominadas subadquisiciones: Dos partes celebran un contrato en virtud del cual una de ellas adquiere de la otra un derecho. Con posterioridad, este adquirente se pone en contacto con otra persona (tercero) para transferir a su favor el derecho previamente adquirido. Este tercero confía en que aquél que le transfiere ostenta la titularidad⁶⁶ del derecho al haberlo adquirido de un previo contrato que aquél presume como válido. A este tercero se le denomina subadquirente, en cuanto su adquisición deriva de otra adquisición previa, que encuentra como sustento un acuerdo de partes que presenta toda la apariencia de ser plenamente válido y eficaz.

En este escenario, en el que respecta a los terceros subadquirentes, el proceso de objetivación encontraría también una consecuencia fundamental – tan importante como aquella que asume en los casos de divergencia entre la voluntad y la declaración de uno de los contratantes: el tercero sub adquirente, al haber confiado en la apariencia creada por el contrato, y al derivar su adquisición onerosa de este acuerdo aparentemente válido, debería encontrar tutela, en cuanto de esta forma se protege la confianza depositada en una apariencia, favoreciéndose así una rápida y efectiva circulación de la riqueza, sin perjudicar el dinamismo del tráfico económico (razones éstas que precisamente justifican que

⁶⁵ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 680.

⁶⁶ Hablamos de titularidad en el sentido de la relación de correspondencia que une a un sujeto de derecho con un derecho subjetivo (o, mejor, con una situación jurídica subjetiva). Dicha relación es la que le permite al sujeto de derecho “disponer”, en el sentido más amplio, del derecho subjetivo que le corresponde. En este sentido: ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad”. En: Teoría General del Derecho Civil. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Pág. 229.

ante la divergencia entre voluntad interna y declaración, se dé primacía a esta última, siempre que el receptor de la declaración haya confiado de buena fe en dicha declaración).

Los mismos argumentos objetivos que permiten proteger a uno de los contratantes frente a la declaración de voluntad emitida por el otro, permiten abogar a favor de la protección del tercero sub adquirente frente al acuerdo de declaraciones de voluntad que da lugar a un contrato de apariencia válida y eficaz.

Entonces, con todo lo dicho hasta este punto, tenemos que el proceso de objetivación que se inició a mediados del ochocientos con la finalidad de solucionar de forma armónica los conflictos que surgían como consecuencia de la divergencia entre voluntad interna y declaración⁶⁷, permitieron también mirar desde otro punto de vista, y de forma más comprometida, la posición que ocupan los terceros subadquirentes frente a los casos de nulidad derivada, lo cual permite romper también con el dogma según el cual nulidad es sinónimo de ausencia de efectos jurídicos, así como que ella, al ser la máxima sanción que establece el sistema jurídico, arrasa de forma íntegra con todos los desplazamientos patrimoniales – incluidos los realizados a favor de terceros – que se hayan procudido como consecuencia de un contrato nulo.

Analicemos de cerca esto último más de cerca.

⁶⁷ Esta divergencia será analizada en el capítulo IV de la presente investigación, con ocasión de analizar la simulación como causal del contrato nulo y la forma de tutela que reciben los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

4. El contrato y no el negocio jurídico como centro del análisis.

Hemos dicho que el mecanismo de la invalidez derivada funciona de la siguiente forma: A y B llegan a un acuerdo – el cual se encuentra incurso en alguna causal de invalidez, sea nulidad o anulabilidad - en virtud del cual el primero adquiere un derecho de parte del segundo. Luego A transfiere ese derecho a favor de C, y una vez declarado inválido el acuerdo entre A y B, reintegrándose las prestaciones ejecutadas a favor de la parte que las ejecutó, se pretende afectar también el derecho adquirido por C.

Lo que corresponde determinar ahora es de qué acuerdo se trata ese al que llegan A y B. ¿Se trata de un negocio jurídico, con toda la extensión y complejidad del término que ello engloba? De tratarse de un negocio jurídico, entonces la protección del tercero subadquirente se dará frente a cualquier adquisición que el realice derivada de cualquier negocio jurídico inválido; esto es, de cualquier adquisición del tercero derivada de un matrimonio inválido, testamento inválido, contrato inválido, etc. Por el contrario, el ámbito de protección podría ser más limitado si es que tal protección a favor del tercero se da sólo cuando su adquisición deriva no de cualquier negocio jurídico, sino de un contrato.

No podemos negar que en un primer momento, nos sedujo la idea de estudiar el mecanismo de protección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe frente a cualquier negocio jurídico inválido, y no únicamente frente a un contrato inválido.

Sin embargo, por las razones que se detallan a continuación, optamos por limitar nuestro objeto de estudio y análisis al ámbito estrictamente contractual.

Adelantaremos una de las razones por la que se optó por limitar el mecanismo de tutela de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos.

Del mismo modo que la objetivación del intercambio económico tuvo repercusiones importantes sobre el tema de la nulidad y los dogmas que la gobernaban, también repercutió de forma determinante – y nefasta, para algunos – sobre la figura negocial, otrora máxima aporte legado por la cultura alemana al pensamiento jurídico moderno.

En efecto – y sin ánimo de abarcar una materia que será ampliamente desarrollada en el capítulo siguiente – según la definición más difundida, el negocio jurídico es la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. Esta definición recuerda la del contrato, con prescindencia de dos elementos: el acuerdo y la patrimonialidad. La ausencia de estos dos elementos, precisamente, es lo que determina la superior generalidad de la figura negocial sobre la institución contractual, con lo que el negocio jurídico se convierte en un género que engloba a una serie de instituciones, y el contrato tan sólo una de estas instituciones integrantes de tal género

Debe tenerse en consideración que el origen de la categoría negocial no es legislativa, sino doctrinal; no es italiana sino alemana. La teoría del negocio jurídico (*Reschtsgeschäft*) es elaborada en Alemania, en el siglo XIX, por juristas pertenecientes a la escuela “pandectista”⁶⁸ (...) La función práctica fue crear un

⁶⁸ “Por “pandectística” se entiende, comúnmente aquel movimiento de estudio que tomó el nombre de los títulos de algunos de sus tratados generales más recientes en aquel entonces, los cuales se desarrollaron en el ámbito de la Escuela Histórica alemana, cuyos umbrales son del siglo XVIII y cuyo máximo apogeo tuvo lugar en el siglo XIX, con la tendencia a crear una teoría general de aquella parte del derecho privado que se fundaba, principalmente, en el derecho romano, y para ser más precisos, en el derecho justiniano, que representaba el derecho común vigente. Dicha tendencia persistió a pesar de las codificaciones alemanas, que para la pandectística eran expresiones legislativas del derecho común mismo, por lo que se afirmaba la necesidad de

concepto y un término capaz de racionalizar y simplificar el razonamiento y el discurso jurídico⁶⁹. Por su parte, la función ideológica – porque el negocio, antes que nada tiene un importante sustrato ideológico^{70 71}, de lo cual ha dado cuenta de forma brillante Francesco Galgano⁷² - se conecta con el papel dominante que la teoría del negocio jurídico asigna a la voluntad humana⁷³; ello sin olvidar la historicidad de la categoría negocial⁷⁴

estudiar éste para comprender y profundizar aquéllas (...) Seguidora de los principios sostenidos por la Escuela Histórica, la pandectística dirigió su interés hacia el derecho romano justiniano. Sólo éste, por haber sido adoptado en Alemania, podía considerarse como aquel derecho común existente en la conciencia popular, y digno, por lo tanto, de un útil estudio, incluso para la formación del jurista práctico. Al respecto, según la doctrina imperante, la adopción del Corpus Iuris Civilis se había realizado in complexu, y de esta circunstancia se derivaron una serie de consecuencias importantes desde el punto de vista científico”: IMPALLOMENI, Giambattista. Voz “Pandettistica”. En: Novissimo Digesto Italiano. Vol. XX. Turín: UTET. 1968. Págs. 350-354.

⁶⁹ La categoría del negocio se funda en la individualización – a través de un proceso lógico de abstracción y generalización – de elementos, problemas y reglas comunes a una pluralidad de actos diversos, unificados por ser todos manifestaciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos. Y entonces: si la venta, la promesa al público, el testamento, el matrimonio, etc., son todos negocios jurídicos, en lugar de multiplicar las explicaciones que describen separadamente elementos, problemas, reglas de cada uno de estos actos, es suficiente una única explicación en la cual se hable de elementos, problemas y reglas del negocio jurídico. ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 85-86

⁷⁰ Precisamente, partiendo de este sustrato ideológico es que STOLFI definió al negocio jurídico como la “garantía de la libertad del ciudadano” (STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 35) y FERRI sostuvo que “la idea misma de negocio podría constituir función de defensa de la libertad” (BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002)

⁷¹ Haciendo referencia a este sustrato ideológico es que LARENZ sostuvo que el conceptualismo de los pandectistas alemanes del siglo XIX sólo servía para asegurar al individuo una esfera de soberanía individual ilimitada, lo que satisfacía los intereses propios del liberalismo: LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Traducción del alemán de Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel. Barcelona. 1994. Pág. 66.

⁷² GALGANO, Francesco. “Teorías e ideologías del negocio jurídico. En: Metodologías y Derecho Privado. Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Nº 22. Universidad de Granada. España. 1982.

⁷³ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 86: “En el corazón de la teoría del negocio jurídico existe el dogma de la voluntad; y el sentido ideológico de esta coincide con el del dogma de la

En torno al negocio jurídico se desarrolló, en la ciencia jurídica alemana, un complejo imponente de teorías, que ejercitaron gran influencia también más allá de su ambiente de origen: sobre todo en Italia, en donde la categoría devino, en la primera mitad del novecientos, elemento central de las elaboraciones científicas del Derecho Privado⁷⁵. En cambio, en otros ambientes jurídicos, la categoría no tuvo ni tiene igual fortuna: en el Derecho anglosajón, por ejemplo, es totalmente desconocida⁷⁶.

Por su parte, el sistema jurídico francés conoce una categoría asimilable (*acte juridique*), sobre la que algunos dudan de su autonomía⁷⁷, mientras otros la defienden⁷⁸.

voluntad: exaltación de la libertad individual, en línea con los principios de la sociedad liberal y de la economía liberal, propias del capitalismo en fase de despegue”.

⁷⁴ Galgano llega a la propia crítica de la categoría del negocio seguido de un análisis sobre el particular momento histórico en el que ella fue elaborada. La función de la categoría negocial, en el momento en que fue creada, se encontraba en Alemania, donde aún no existía codificación, para conseguir la igualdad formal del derecho, esencial para el nacimiento de una nueva sociedad, industrial y burguesa: Cfr. GALGANO, Francesco. Voz *Negozio giuridico*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen XXVII. Milano. 1977. Págs. 932 y ss.

⁷⁵ Luego de la dación del Código Civil de 1942, arduas fueron las discusiones surgidas respecto de la existencia o ausencia del negocio jurídico en el sistema italiano. Sobre el particular, ver: VALLE, Laura. “El debate sobre el negocio jurídico en Italia”. En: *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*. 1993. Págs. 566 – 629. Traducción realizada por Nélvar Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervías alojada en www.dike.pucp.edu.pe.

⁷⁶ Para un análisis interesante sobre la forma cómo la figura negocial caló en los distintos sistemas jurídicos, ver: GALGANO, Francesco. “Negocio jurídico y contrato”. En: *Atlas de Derecho Privado Comparado*. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 2000. Págs. 109-126.

⁷⁷ Al respecto: LEON HILARIO, Leysser. “Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. En: *El sentido de la codificación. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Editorial Palestra. Lima. 2004. Págs. 62-95, quien sentencia de forma categórica que “nunca ha existido una teoría francesa del acto jurídico”.

No obstante su desarrollo amplísimo en la doctrina italiana, en la segunda mitad del novecientos la propia doctrina italiana comenzó a reconsiderar críticamente la teoría del negocio jurídico, encaminándose de esta forma a perder la importancia y la centralidad de las décadas precedentes. De este modo, la doctrina comienza a cuestionar ambas funciones que habían justificado su creación.

En efecto, “la función práctica es puesta en discusión porque se evidencia que justamente la generalidad de la categoría determina excesiva generalidad y abstracción de sus contenidos, escasa adherencia a los problemas específicos y a los intereses concretos que se manifiestan en relación a los distintos actos de la autonomía privada. Con la pretensión de considerar y trata de manera unitaria actos tan diversos (como ventas y matrimonios, letras de cambio y testamentos, donaciones y adopciones, aceptaciones de herencia y constituciones de sociedades comerciales, etc.) se ace en el riesgo de perder aquella adherencia a la específica realidad socioeconómica, que es necesaria para individualizar soluciones jurídicas adecuadas”⁷⁹.

Se pone en discusión también la función ideológica “en el cuadro del mismo proceso político – cultural que acompaña las crecientes restricciones públicas de

⁷⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico. En. www.dike.pucp.edu.pe

⁷⁹ ROPPO, Vincenzo. Ob. Cit. Págs. 86-87. En el mismo sentido se ha dicho que “(...) la elaboración del concepto de negocio es fruto de una particular situación histórica, política y social, y pone en duda la posibilidad de su actual consideración como “categoría operativa”, de la cual se puedan sacar conclusiones de derecho, dado que el Código Civil de 1942, efectuando una precisa “política de la construcción jurídica”, ha renunciado a su disciplina”: VALLE, Laura. “El debate sobre el negocio jurídico en Italia”. Ob. Cit. Pág. 2.

la libertad contractual”⁸⁰. Así, existe una línea tendencia que marca la evolución del moderno derecho de los contratos: la creciente limitación de la libertad contractual por obra del poder público; fenómeno éste que viene ligado a las transformaciones económicas, sociales y políticas que marcan el paso del Estado liberal al Estado social.

Sobre este cambio de época del que fue testigo el mundo entero, se ha dicho con acierto que “en el Estado liberal, el principio de plena libertad de iniciativa económica traía consigo el corolario de la plena libertad contractual: los particulares eran libres de hacer sus contratos como querían (y como podían) sin que el poder público interviniera para limitarlos o controlarlos o sostenerlos en sus contrataciones. Los únicos límites puestos a la libertad contractual eran funcionales al mantenimiento del orden constituido y de la moral corriente: se prohibían, por ejemplo, los contratos que fueran medio para cometer delitos, o que repugnaran a las buenas costumbres. Pero, por lo demás: *laissez faire, laissez passer*”⁸¹.

En un sistema liberal, a causa de las desigualdades económico – sociales, los contratantes más débiles en el plano económico – social gozan, sin embargo, de una libertad sólo formal, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes. Puede pensarse en algún remedio en el plano de la autonomía privada, a través de la autoorganización de los contratantes débiles (por ejemplo, de los trabajadores reunidos en sindicatos) y el consiguiente ejercicio de una autonomía colectiva. Pero en el Estado social se afirma la idea de que corresponde también al poder público intervenir. Se considera que, en efecto, es tarea del poder público asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad no sólo en sentido formal, sino

⁸⁰ Ibíd.

⁸¹ Ibíd. Pág. 67.

también en sentido sustancial; y, en todo caso, la de impedir que la búsqueda del interés privado dañe el interés general.

De este modo, “comienzan así a multiplicarse las intervenciones públicas que, para proteger el interés general o el interés de las categorías sociales débiles, limitan la libertad contractual: especialmente con normas legales que prohíben insertar en el contrato determinados contenidos, desventajosos para la parte débil; o imponen insertar en el contratos determinados contenidos, desventajosos para esa misma parte; o incluso, en algún caso, obligan a la parte fuerte a hacer con la parte débil contratos que interesan a esta última, y que la parte fuerte no quería hacer. Gran parte de las nuevas normas sobre los contratos, copiosamente introducidas por las leyes especiales con finalidades de regulación de los varios sectores del mercado y de las correspondientes relaciones económico – sociales, son esencialmente normas que restringen, en el sentido apenas visto, la libertad contractual”⁸²

Así, la función ideológica del negocio jurídico, encaminada a exaltar al punto máximo la voluntad del sujeto como la fuente única, autosuficiente e inagotable, capaz de generar efectos vinculantes entre las partes e irrevisables por el Poder público, se fue mermando.

Aunado a este proceso de “socialización contractual”⁸³, que contribuyó a poner sobre el tapete la discusión acerca de la función ideológica de la categoría del negocio jurídico, estuvieron también los procesos de objetivación del contrato,

⁸² Ibíd. Pág. 68.

⁸³ Sobre el particular: FERRAJOLI, Luigi. “Contra los Poderes Salvajes del Mercado: hacia un Constitucionalismo de Derecho Privado”. En: Discere. Revista de Derecho. Nº 81. Lima. 2002. Págs. 7-12.

tanto en su dimensión empírica (estandarización, adhesión, despersonalización), cuanto en la dimensión de las reglas de tratamiento (teoría de la declaración, teoría de la confianza), que de forma determinante marginaron el dogma de la voluntad individual, con el que se identificó desde un inicio la teoría del negocio jurídico⁸⁴

Entonces, teniendo en cuenta los cambios estructurales en materia económica, social y política, que han dado lugar a la denominada “crisis” del negocio jurídico, así como al hecho de que nuestro Código Civil tampoco ha reconocido como categoría legislativa a esta institución⁸⁵ - habiéndose reconocido, de forma paralela, absoluta importancia al contrato - , ¿tiene sentido consagrar una investigación a una figura que hoy en día, si bien asume importancia doctrinaria e historiográfica, no se encuentra regulada legislativamente en nuestro Código Civil?

A efectos de dotar de importancia operativa a la presente investigación – tuvimos a bien analizar el mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes únicamente frente a los contratos inválidos. Ello – y a modo de síntesis lo indicamos - por dos razones fundamentales: (i) porque la figura del “contrato”, como una especie del género denominado “negocio jurídico”, es aquella institución que sí ha merecido un tratamiento legislativo amplio en nuestro Código Civil⁸⁶; (ii)

⁸⁴ Ello sin dejar de mencionar la notable obra de Emilio Betti (1890-1968) – cuya teoría será analizada en el capítulo siguiente – quien intentó recuperar el negocio jurídico en clave objetiva, dando lugar a su denominada teoría preceptiva, según la cual – como ya se indicó, y sin perjuicio de profundizar en el tema en el capítulo siguiente – la esencia del negocio no es el fenómeno psicológico de la voluntad de las partes, sino el fenómeno (social, aun antes que jurídico) de la autorreglamentación de los intereses de las partes.

⁸⁵ Sobre la ausencia del negocio jurídico como categoría legislativa en nuestro país volveremos en el Capítulo II.

⁸⁶ Una clara muestra de ello es que la gran mayoría de las normas contenidas en el Libro II del Código Civil, supuestamente destinado a regular al negocio jurídico (bajo la incorrecta denominación de “Acto Jurídico”) en realidad son aplicables únicamente al contrato, mas no con respecto del matrimonio, el testamento ni los negocios unilaterales.

porque hablar de mecanismos de tutela de los terceros subadquirentes frente a los negocios jurídicos inválidos, implicaría plantear una solución uniforme para una categoría que engloba a instituciones de lo más disímiles entre sí – como lo son en efecto, el contrato, el matrimonio y el testamento – que lo único que comparten en común es tener como elemento central una declaración de voluntad, sin que esto sea suficiente – en el contexto de hoy en día, siglo XXI – para plantear reglas similares en todos los supuestos.

Corresponde abrir un breve paréntesis aquí. Con lo que venimos señalado – la relevancia actual del contrato por sobre la figura del negocio jurídico, que de a pocos ha ido cayendo en un estado de “abandono” – no pretendemos sostener que el contrato haya estado o permanecido ajeno a este paulatino proceso de degastamiento. En efecto, la contratación en masa, la figura del consumidor, el dirigismo y la planificación, la regulación y el regreso de la autorregulación del mercado, las leyes especiales, los contratos modernos, los proyectos de codificación comunitaria, la contratación telemática, todos estos fenómenos que se han desarrollado en forma dramática en los últimos 100 años, han afectado indudablemente la denominada “teoría general del contrato”⁸⁷. Son muchos los autores que se han referido a un resquebrajamiento de los postulados clásicos del contrato, hablando indistintamente de “muerte”⁸⁸, “crisis”⁸⁹, “ocaso”⁹⁰, “declino”⁹¹,

⁸⁷ Con acierto se ha dicho que “esta relectura del efecto relativo de los contratos, alentada por esta crítica al dogma de la autonomía de la voluntad, podrá justificar la introducción de la noción de grupos de contratos. La teoría general del contrato anclada en el dogma de la autonomía de la voluntad aparece desmentida por el análisis de las fuentes legales y por la evolución de la contratación. Esta crisis contractualista requiere responder a la pregunta: La teoría general del contrato, ¿Mito o realidad?”: PIZARRO WILSON, Carlos. “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”. En: Revista Chilena de Derecho. Volumen 31. N° 2. 2004. Pág. 237.

⁸⁸ GILMORE, Grant. The death of contract. Ohio State University Press. Columbus Ohio. 1974.

⁸⁹ RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1958.

“caída”⁹², “deshumanización”⁹³ del contrato o de su teoría general. No obstante, todas estas tendencias hacia la desmitificación de una teoría general del contrato, están encaminadas – a diferencia de lo que ocurre con el negocio jurídico - más en un sentido teórico – de qué forma debemos entender al contrato, con la finalidad de persistir en que existe una teoría general y única del contrato – que en uno práctico. Por ello, a pesar de todas estas tendencias subversivas frente al contrato, nadie duda acerca del pleno protagonismo que asume – más que nunca – hoy en día. Lo contrario pasa con las críticas dirigidas hacia el negocio jurídico: con ellas lo que se pretende es negarle toda utilidad, confiándolo a ser una categoría netamente historiográfica, sin operatividad ni utilidad práctica alguna⁹⁴.

Cerrando ese breve paréntesis y retomando el hilo de la exposición, es por las razones ya esgrimidas que consideramos que los puntos de partida de la presente investigación, deben ser dos: (i) el contrato, como la especie del género negocio jurídico, que ha asumido mayor relevancia y desarrollo desde la irrupción de la teoría alemana del negocio jurídico en el siglo XVIII, y asume mayor importancia hoy en día, al ser la fuente primaria de los intercambios económicos que se dan de

⁹⁰ GALGANO, Francesco. “Teorías e ideologías del negocio jurídico. En: Metodologías y Derecho Privado. Anales de la Cátedra Francisco Suarez. Nº 22. Universidad de Granada. España. 1982.

⁹¹ ATIYAH P.S. An introduction to the law of contract. Fourth Edition. Clarendon Press – Oxford. 1989.

⁹² TROMBETTA, Angelo. “Freedom of contract: Ascesa e caduta di un principio (a proposito di un libro recente). En: Revista di Diritto Civile. Anno XXX. Nº 2. Padova. 1984.

⁹³ OPPO, Giorgio. “Disumanizzazione del contratto?”. En: Rivista di Diritto Civile. Año XLIV. Parte I. Padua. CEDAM. 1998. Págs. 525-533.

⁹⁴ Para un interesante y profundo análisis sobre el cambio de paradigma en el ámbito contractual, con especial énfasis en el fenómeno de la contratación en masa, ver: MERINO ACUÑA, Roger. “La autonomía privada en la contratación en masa y la necesidad de replantear los límites de la autonomía privada y la categoría general del contrato a la luz de los contratos por adhesión”. Tesis para optar el título profesional de abogado. 2006.

forma vertiginosa, asignando los recursos a sus usos más eficientes y permitiendo con ello la satisfacción de los intereses de las partes contratantes⁹⁵; y (ii) La invalidez del contrato, como remedio que provee el sistema jurídico frente a determinados acuerdos de las partes que atenten contra los preceptos que el sistema considera dignos de protección.

Teniendo en cuenta lo señalado en este primer capítulo, a continuación se analizará la figura del contrato, pero desde el punto de vista de las distintas teorías que han tratado de estudiar al negocio jurídico. Uno podría preguntarse, ¿cuál es la necesidad de analizar las distintas teorías sobre el negocio jurídico, si es que se acaba de decir que la misma, en la actualidad ha entrado a un proceso de crisis?

Consideramos importante esta primera labor - tratando de desentrañar la forma en que el paso del tiempo ha producido cambios en la concepción de la categoría negocial – en la medida que el contrato es la figura negocial por excelencia, y todo lo que resulta aplicable a ésta, por extensión también le es extensible a aquél. Unicamente si conocemos el surgimiento, la función y las teorías sobre el negocio jurídico – las mismas que son plenamente aplicables al contrato - podremos arribar a un cabal entendimiento de éste; y éste será el paso inicial para seguir luego con el análisis de la invalidez negocial.

No está demás advertir que las páginas que siguen no tienen un afán totalizador en abarcar el tema; sólo se busca hacer un breve excursus histórico y dejar en claro el valor y significado de la figura contractual dentro del vasto terreno del

⁹⁵ Para entender al contrato desde una perspectiva económica, como aquel mecanismo de asignación eficaz de titularidades, en cuanto permite que los bienes circulen de manos de quienes los consideran menos provechosos a manos de quienes lo consideran más útiles: POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho. 2ª. Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2007.

negocio jurídico, así como determina cuál de las teorías negociales refleja mejor la regulación actual que tiene el contrato dentro de nuestro Código Civil.

CAPITULO II

LA CONCEPCION DEL CONTRATO DENTRO DE LAS DISTINTAS TEORIAS NEGOCIALES

1. Cuestiones Preliminares

El artículo 140 del Código Civil (en adelante CC) define al acto jurídico como la manifestación de voluntad encaminada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Acto seguido, el Código se encarga de regular una serie de instituciones relacionadas con el negocio jurídico de origen alemán, tales como la interpretación, la representación, la nulidad, los vicios de la voluntad, entre otras.

Inmediatamente surgen algunas preguntas: ¿cuál es la verdadera utilidad del Libro II del CC? ¿Qué se pretendió regular con la figura del acto jurídico? ¿Es lo mismo el acto jurídico que el negocio jurídico? ¿Existe en el Perú el acto jurídico como categoría general?

En esta parte de la investigación, sostenemos que el “acto jurídico” del cual hablan franceses y españoles (y que ha sido recogido con esta terminología por nuestro Código Civil), resulta equivalente al negocio jurídico de origen alemán. Igualmente,

las condiciones en que esta categoría jurídica surgió, así como la función que cumplió en el contexto económico político y económico que envolvió su nacimiento, no se presentan en la actualidad en nuestro país. Por tal motivo, el negocio jurídico, como categoría legislativa, no existe en el sistema jurídico peruano. Por el contrario, lo que nuestro CC denomina acto jurídico, se trata más bien de una institución pensada exclusivamente para la figura de los contratos. Esto queda corroborado cuando se cae en la cuenta que cada una de las instituciones consagradas a lo largo del Libro II del CC tienen como única utilidad la regulación de los contratos, que son sólo una de las especies que integran el género denominado “negocio jurídico”.

No obstante, ello no es óbice para reconocer al negocio jurídico utilidad en tanto categoría lógica, que permita individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la autonomía de los particulares

2. El negocio jurídico: origen alemán

Para indagar sobre el origen, concepto y función del negocio jurídico, debemos partir por la doctrina alemana; y de este “deber” ha dado cuenta un sector autorizado de la doctrina nacional: “El negocio jurídico, como el contrato y la responsabilidad civil, es una institución afortunada en cuanto a investigaciones, pero estas han tenido como pauta el haberse nutrido de la con todo preciosa bibliografía proveniente de Italia”, sin embargo, “el estudio del negocio jurídico y las bases para su defensa, sólo pueden ser brindados por la doctrina germana”⁹⁶

⁹⁶ LEON HILARIO, LEYSER. “Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil”. En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos

En el mismo sentido, sobre la paternidad que la doctrina alemana tiene sobre el negocio jurídico, Battista Ferri ha señalado que “la elaboración del concepto de negocio jurídico, en el ámbito de los hechos jurídicos, constituye ciertamente uno de los aportes más importantes que la cultura alemana ha legado al pensamiento jurídico moderno (...); la paternidad del negocio jurídico debe atribuirse a la cultura alemana”⁹⁷

Por ende, antes que nada corresponde indagar sobre el concepto de negocio jurídico en la doctrina alemana.

La concepción originaria o primigenia que surgió en Alemania, es denominada como concepción voluntarista. De acuerdo con esta concepción planteada por Savigny⁹⁸, “que puede considerarse clásica, y que coincide con la noción original de la figura, el negocio consiste, esencialmente, en una declaración de voluntad”⁹⁹ dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas¹⁰⁰.

jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 117.

⁹⁷ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 59 – 62. En el mismo sentido se ha dicho que “la teoría del negocio jurídico es vista por muchos como la conquista más sobresaliente de la ciencia pandectista alemana del siglo XIX. Al mismo tiempo esta teoría fundó la fama mundial de la ciencia jurídica alemana y se convirtió en una de sus mejores productos de exportación” (SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 33-47).

⁹⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

⁹⁹ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 4.

¿Por qué si en Alemania se comenzó hablando del negocio jurídico, en nuestro país (y en la mayoría de países de Latinoamérica) se hace alusión al acto jurídico?¹⁰¹

Esto ha sido producto de un proceso erróneo de traducciones sucesivas, que muy bien detalla el profesor Leysser León: “Los juristas franceses contemporáneos traducen como *acte juridique* el término alemán *Rechtsgeschäft*, que fue empleado por vez primera, en el lenguaje jurídico germano, por Hugo. Si los juristas franceses hablan de *actes juridiques*, es porque la locución *affaires juridiques* – el estricto equivalente de los *Rechtsgeschäft* –, además de malsonante, no les significaría absolutamente nada”¹⁰²

¹⁰⁰ Esta concepción clásica o voluntarista del negocio jurídico también fue asumida en Italia por Giuseppe Stolfi, quien definió al negocio jurídico como “la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción”: STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1.

¹⁰¹ Para un análisis detallado y bien informado sobre la historia de la formación del negocio jurídico, recomendamos ver: GUZMAN, Alejandro. “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato: Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico”. En: Revista de Estudios Histórico – Jurídicos. Sección Historia del Derecho Europeo. Año XXVI. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Chile. Págs. 187-254.

¹⁰² LEON HILARION. “Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 72.

Posteriormente, cuando autores ibéricos tradujeron al español la versión francesa del libro de Friedrich Carlo Von Savigny, Sistema de Derecho Romano actual¹⁰³, el término *acte juridique* fue traducido como acto jurídico, y es así como la categoría pasa a formar parte del léxico jurídico latinoamericano.

Para ser más precisos, la categoría jurídica del acto jurídico ingresa a nuestro medio por la actuación de Manuel Augusto Olaechea, un francófilo consumado, a quien se le encargó la redacción del anteproyecto del libro de las obligaciones del nuevo código de 1936. La sección primera de dicho libro se intitula “De los actos jurídicos”, y en su artículo primero aquellos son definidos como los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. Es así como la categoría del acto jurídico (mala traducción del término alemán “negocio jurídico”) hizo su debut en nuestro medio¹⁰⁴

Teniendo en cuenta que el acto jurídico del cual se habla en nuestro país (y que se encuentra consagrado legislativamente en nuestro Código Civil) es producto de una mala traducción del término negocio jurídico, no pueden quedar dudas de que ambos términos engloban exactamente lo mismo; es decir, negocio y acto jurídico, en nuestro país, significan exactamente lo mismo.

¹⁰³ La versión original alemana del libro de Savigny se titula: “System des heutigen romischen Rechts”, originalmente publicado en Berlín, entre 1840 y 1849. La versión en español puede verse en: SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

¹⁰⁴ LEON HILARION, Leysser. “Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. Op. Cit. Pág. 84-85.

Sin embargo, lo ideal sería hablar de negocio jurídico en vez de acto jurídico, ya que en el idioma castellano (como en el italiano y el portugués) la voz precisa para traducir el término alemán *Rechtsgeschäft*, no es otra que negocio jurídico. Por ende, la voz “acto jurídico” debe ser reservada para aquellas figuras que en alemán se denominan *Rechtshandlungen im engerem Sinne*, los llamados actos jurídicos en sentido estricto, como la aprehensión u ocupación, los esponsales, la adopción, etc.¹⁰⁵.

En consecuencia, cuando nuestro Código Civil evoca el término acto jurídico, debemos entenderlo como el negocio jurídico de la doctrina alemana. Sobre esta similitud que existe entre los términos negocio y acto jurídico, se ha pronunciado doctrina autorizada:

“El término “*Rechtsgeschäft*” (negocio jurídico), a pesar de ser uno de los términos centrales del BGB, no fue definido en el mismo, a diferencia, por ejemplo, del Código brasileño de 1916 con su definición del “*ato jurídico*” en el artículo 81 o del Código Civil peruano con su definición del “acto jurídico” en su artículo 140 CC. Podemos apreciar que estas definiciones que brindan los Códigos latinoamericanos son muy similares a la definición del “*Rechtsgeschäft*” que encontramos en los materiales del BGB, basada a su vez en Savigny. Por eso, no nos debe importar que “acto jurídico” no sea la traducción literal de “*Rechtsgeschäft*”, porque no importa la etiqueta sino el contenido”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Para un análisis de la figura de los actos jurídicos en sentido estricto, ver: LEON HILARIO, Leysser. "Los actos jurídicos en sentido estricto: Sus bases históricas y dogmáticas". En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Ed. Escobar Rozas, Freddy; León, Leysser L.; Morales Hervias, Rómulo; Palacios Martínez, Eric. Lima: Grijley, 2004. 3-113.

¹⁰⁶ SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 36. En

En síntesis, los términos negocio y acto jurídico resultan equivalentes en nuestro ordenamiento positivo, pues resulta evidente que el legislador ha tenido, y ello se observa en la construcción legal efectuada, la intención de reglamentar la figura del negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses; si no que, por un perjuicio lingüístico, ha acogido el término de origen francés “acto jurídico” por respeto a la tradición formativa de todos los integrantes de las Comisiones que elaboraron nuestro actual Código Civil.

3. Función y contexto del negocio jurídico en Alemania

En el BGB el término “*Rechtsgeschäft*” recibió un lugar muy preeminente. El capítulo tercero de la Parte General lleva el título “De los negocios jurídicos”. Este capítulo constituye el corazón de la Parte General, porque es el único capítulo dentro de ella que realmente aspira a contener reglas para todos los cuatro libros de la parte especial (obligaciones, cosas, familia, sucesiones). En consecuencia, las normas sobre el negocio jurídico se aplican no sólo a un contrato de compraventa, sino también a la transmisión de la propiedad de un inmueble, al matrimonio y al otorgamiento de un testamento, para citar algunos ejemplos.

el mismo sentido se ha sostenido que “Otro país sudamericano cuyo legislador ha adoptado la categoría en cuestión es Perú. El nuevo Código Civil peruano de 1984 le dedica nada menos que diez títulos (arts. 140-232). El artículo 140 formula una definición clásica, enumerando al mismo tiempo, y esto constituye un punto original, los requisitos de validez del negocio jurídico (para su validez se requiere: persona capaz de obrar; objeto posible; fin lícito; y observancia de la forma prescrita) (LUCIDI, Irina. “La recepción del negocio jurídico en otros países”. En: Atlas de Derecho Privado Comparado. Coordinador Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 2000. Pág. 128)

Así mismo, “la decisión de legislar una categoría abstracta como la del negocio jurídico necesariamente obligó al legislador a incluir esta parte delante de las partes a las que se aplica, y de ahí nace la concepción de una parte general. Al mismo tiempo, parece que es sobre todo el capítulo sobre el negocio jurídico el que le da legitimidad a la idea de una Parte General”¹⁰⁷.

Esta era entonces la función encomendada al negocio jurídico en Alemania: ser una categoría lógica, abstracta, ordenante, operativa, que regulara o que fuese aplicable a una serie de instituciones que vendrían a ser especies de aquélla.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, corresponde preguntarse: **¿el acto jurídico regulado en el Libro II del CC, cumple esta función operativa, abstracta y aplicable de forma general, en nuestro sistema jurídico?**¹⁰⁸

Esto por un lado. Por el otro, se ha sostenido que el negocio jurídico, si bien en la actualidad podría seguir cumpliendo una función ordenante, la verdadera función para la cual nació ya ha sido cumplida y por ende hablar de negocio jurídico – se sostiene - resulta inadecuado por su obsolescencia.

En efecto, Francesco Galgano ha sostenido que la función de la categoría negocial, en el momento en que fue creada, se encontraba en Alemania, donde aún no existía codificación, para conseguir la igualdad formal del derecho, esencial para el nacimiento de una nueva sociedad industrial y burguesa. De esta forma, el

¹⁰⁷ SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. Op. Cit. Pág. 35.

¹⁰⁸ La respuesta a esta interrogante la brindaremos en el punto 4 del presente capítulo.

negocio jurídico es sin duda alguna, un hecho histórico, que debe entenderse como cualquier experiencia humana que se desarrolla.

Así, el negocio jurídico, lejos de poder ser considerado únicamente como acto lógico que permita una comprensión unitaria de las singulares manifestaciones de voluntad dirigidas a realizar descubrimientos jurídicos, contenía en sí las instancias de un nuevo orden de relaciones sociales. El negocio concebido como declaración de voluntad del individuo, significaba el reconocimiento de la unidad del sujeto de derecho, y por consiguiente, de la igualdad formal entre individuos. Tal concepción constituía una necesidad económica, indispensable para que se estableciesen relaciones de mercado entre sujetos económicos¹⁰⁹.

En síntesis, “en una sociedad como la alemana de la primera mitad del Ochocientos – que todavía no había conocido la codificación – el proceso de abstracción realizado por la Pandectística pretende ser sustitutivo de la codificación misma: el valor supremo, al cual los pandectistas adecúan su propia obra, es que la construcción doctrinaria también posea, tal como la norma codificada, la más amplia validez social y que pueda, incluso en su contenido no diferenciado, satisfacer y coordinar entre ellos los intereses más diversos, o

¹⁰⁹ GALGANO, Francesco, Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico, en Metodologías y Derecho Privado, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Traducción de Mariano Maresca de la versión publicada en *Categorie Giuridiche e Rapporti Sociali, Il Problema del Negozio Giuridico*, A cura de Cesare Salvi, Milano, Feltrinelli, 1978, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, Granada, N° 22, 1982, p.p. 49-50; GALGANO, Francesco, El Negocio Jurídico, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Tirant lo blanch. Valencia, 1992, Pág. 18; GALGANO, Francesco. Voz *Negozio Giuridico (dottrine generali)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXVII. Milano. 1977. Pág. 733; GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 96-106. Del mismo parecer es: FRANZONI, Máximo. “Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico”. En: *Derecho Civil Patrimonial*. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997.

contrapuestos, inclusive. Con la Pandectística, la política de los juristas alcanza uno de sus picos más altos: los pandectistas alemanes saben traducir en conceptos el sentido revolucionario de la codificación francesa, y saben, adicionalmente, conducirlo a consecuencias extremas. El proceso de abstracción, que había tenido lugar en Francia con la codificación de la categoría general del contrato, prosigue en Alemania, más allá del contrato. El contrato evoca, cuando menos, la imagen de una duplicidad de sujetos, y la del acto de intercambio, como su referente económico; el negocio jurídico, que es concebible como el acto de un solo individuo, realiza de la manera más plena la unidad del sujeto de derecho, y elimina, con su máximo grado de abstracción, toda posible referencia a la relación económica”¹¹⁰.

Esto significa que el negocio jurídico fue portador de los principios que constituyeron la base del desarrollo de la nueva sociedad industrial, en la que se sobreentendía el proceso de adquisición de la propiedad y de los medios de producción por parte de la burguesía y el ocaso de un mundo aristocrático y feudal caracterizado por el inmovilismo.

Si este escenario en el cual nació el negocio jurídico, ya ha cambiado radicalmente, al punto que actualmente ya no estamos en una fase de capitalismo naciente, primitivo, arcaico, sino en una etapa bastante desarrollada del capitalismo, **¿podrá seguir cumpliendo el negocio jurídico alguna función útil?**

¹¹⁰ GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Pág. 97.

4. Función y contexto del negocio jurídico en el Código Civil y la realidad peruana

Primero nos preguntamos si es que el acto jurídico regulado en el Libro II del CC, cumple en nuestro sistema una función operativa, abstracta, ordenante y general, tal como lo hizo – y lo hace aún - en el sistema jurídico alemán.

Habíamos señalado que el negocio jurídico representa en Alemania la síntesis de diversas figuras, como lo son el matrimonio, el testamento, el contrato y los negocios unilaterales. ¿En el Perú las reglas que forman parte del Libro II del CC son aplicables a todas estas figuras?

Consideramos que no. Para comenzar, tanto el matrimonio como el testamento se encuentran regulados de una forma tal que la aplicación de las reglas de nuestro “acto jurídico” se vuelve una tarea utópica. Tanto el matrimonio como el testamento poseen una regulación jurídica autónoma que no permite que seanb compatibilizadas con las reglas del Libro II.

Basta con revisar las reglas propias que regulan la invalidez del matrimonio, para percatarnos que las normas sobre nulidad y vicios del consentimiento que regulan los artículos 201 al 229 de nuestro CC no tienen nada que hacer en la institución matrimonial. Paradigmático es además el supuesto de la validez de un matrimonio que contravendría normas imperativas¹¹¹. Lo mismo sucede con la nulidad y anulabilidad de los testamentos especiales, así como la forma especial y distinta

¹¹¹ Al respecto se puede ver el artículo 286, según el cual “El matrimonio contraído con infracción del artículo 243 es válido”.

como nuestro CC regula lo referente a la revocación y caducidad de los testamentos¹¹².

Esta misma disociación se presenta entre los contratos y los denominados negocios jurídicos unilaterales, como el reconocimiento de un hijo, por ejemplo.

Así, una indebida aplicación de las normas contenidas en el Libro II a un caso de derecho familia la encontramos, por ejemplo, en la Casación N° 4307-2007-Loreto, del 24 de julio de 2008, donde se concluye que el reconocimiento de un hijo adolece de nulidad por basarse en un objeto imposible (Décimo Considerando). El caso se trataba de un hombre que alegó que su pareja le había asegurado que el menor era su hijo, fruto de la informal relación que tuvieron por un tiempo, a pesar de que había tenido pocas relaciones sexuales con ella. Ante esta afirmación, reconoció a ese menor ante la Municipalidad Distrital respectiva, y luego asumió la responsabilidad de su manutención. Luego de escuchar rumores sobre la verdadera paternidad del menor, decidió someterse conjuntamente con éste a una prueba de ADN en un laboratorio, lo que determinó que no era su hijo. Ante el rechazo de la prueba por parte de la madre del menor, el hombre se sometió nuevamente y de forma conjunta con ella, a otra prueba de ADN en otro laboratorio, el que igualmente concluyó que él no era el padre biológico del menor.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia consideró que se encontraba ante un caso de imposibilidad jurídica del objeto, cuando en realidad la posibilidad jurídica del objeto se refiere al caso en que *a priori*, particulares tipos

¹¹² Este dato es fundamental al momento de limitar nuestro objeto de investigación: la nulidad únicamente en el ámbito contractual, dejando de lado el plano negocial, que resulta mucho más amplio.

de contratos no toleran tener determinados objetos¹¹³. Por ejemplo, “no puedo hipotecar una cosa mueble, que la ley considera como tal; sólo se hipotecan bienes inmuebles (artículo 1097º CC). Es claro que el reconocimiento de un hijo no comporta un contrato, salvo que se piense que existe algo común en ambos y ello determine una aplicación uniforme. Ello es inaceptable desde todo punto de vista. El reconocimiento de un hijo es una declaración de voluntad, a diferencia del contrato que no solo contiene dos o más declaraciones de voluntad, sino que además necesita de otros elementos adicionales para definirlo como tal. Adicionalmente, el reconocimiento de un hijo tiene sus propios mecanismos de impugnación, diferentes al contrato. El error de identificar ambos actos y ambas normativas se basa en el desconocimiento de otras definiciones del negocio jurídico y de la función del Libro II del Código Civil”¹¹⁴

Esta falta de conexión entre las normas reguladas en el Libro II y su aplicación a instituciones jurídicas tales como el matrimonio, el testamento y los negocios jurídicos unilaterales, se explica si es que atendemos el origen de las normas que forman parte del Libro II:

“El articulado del Código Civil Peruano vigente (Libro II) es el producto de una denominación seudofrancesa (acto jurídico), de una definición germana (“declaración de voluntad encaminada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”) y de buena parte de las normas del Código Civil italiano

¹¹³ NAVARRETA, Emanuela. *Attività giuridica*, citado en: BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano y otros. *Diritto privato. Parte Prima*. UTET. Turín. 2003. Pág. 270.

¹¹⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las aplicaciones indebidas de los conceptos del negocio jurídico en el Código Civil Peruano de 1984 luego de 25 años de su vigencia”. En: *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Nº 21. Lima. 2009. Págs. 99-105.

sobre el contrato en general”¹¹⁵. Esto significa que “si bien es cierto que el Código Civil regula en su libro segundo el negocio jurídico, no es lo menos que dicha regulación es prácticamente una réplica, muchas veces mal realizada, de las normas que el Codice Civile de 1942 dedica al contrato”¹¹⁶

En consecuencia, legislativamente nuestro Código Civil no regula reglas propias del negocio jurídico, tal como sí lo hace el BGB, sino que las reglas que forman parte del libro dedicado al acto jurídico como categoría general, sólo son de aplicación inmediata para los contratos.

Un hecho más que contribuye a la conclusión de que el negocio jurídico como categoría legislativa no existe en nuestro país, es el hecho de que nuestro Código no consagró una Parte General. “A causa de eso, al jurista alemán, que está acostumbrado a su parte general, el libro del CC peruano sobre el acto jurídico le parece un poco aislado. Tal vez ese aislamiento sea una razón por la cual es aún más difícil de justificar la codificación de la teoría del negocio jurídico”¹¹⁷

Atendida la primera pregunta, corresponde darle respuesta a la segunda interrogante: Si el escenario económico, político y social en el cual nació el

¹¹⁵ LEON HILARIO, Leysser. “Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil”. En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004. Pág. 122.

¹¹⁶ CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 45. Año 4. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2005. Pág. 4.

¹¹⁷ SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 35.

negocio jurídico, ha cambiado radicalmente, al punto que actualmente ya no estamos en una fase de capitalismo naciente, primitivo, arcaico, sino en una etapa bastante desarrollada del capitalismo, ¿podrá seguir cumpliendo el negocio jurídico alguna función útil?

Somos de la opinión que aparentemente las condiciones económicas sociales y culturales “conspiran” para que cada día sea menos relevante (por no decir útil) hablar de negocio jurídico.

En efecto, la objetivación del intercambio económico produce consecuencias nefastas sobre el concepto y utilidad del negocio jurídico. Hoy en día se busca tutelar la rapidez y la seguridad del intercambio, en respuesta a las necesidades de la economía, caracterizada ahora por una producción industrial de masa. “La celeridad y la seguridad de la circulación de los bienes aparece actualmente como una necesidad general de todo sistema económico”¹¹⁸

Indicativas de esta tendencia hacia la objetivación del intercambio – y de la cual se hizo referencia en el Capítulo I - son por ejemplo las normas que prevén la sustitución del conocimiento efectivo por la cognoscibilidad (artículo 1374° CC); o el artículo 201° CC que prevé la anulabilidad del acto jurídico (contrato) sólo cuando el error sea esencial y reconocible (la cognoscibilidad sustituye el requisito de la excusabilidad elaborado por la doctrina italiana bajo el vigor del código de 1865); así como los artículos 168°, 1359°, 1361° (primera parte) y 1362°, que en cuanto a interpretación del contrato se refiere, nos exige recurrir a aquello que ha sido expresado por las partes siempre respetando el canon de la buena fe,

¹¹⁸ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1ª. Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 60.

y nos invita de esta forma a prescindir del análisis de la voluntad no exteriorizada por las partes al momento de producirse el intercambio económico¹¹⁹.

Este proceso de objetivación del intercambio económico, produjo el surgimiento de teorías encargadas de una revisión del concepto de negocio. Así, surgieron nuevas teorías negociales que son de ordinario denominadas declaracionistas¹²⁰, en contraposición a aquellas voluntaristas que en un primer momento fueron dominantes en la doctrina italiana¹²¹.

Sobre este proceso de objetivación, se ha observado con acierto que el pasaje de la teoría de la voluntad a la teoría de la declaración comienza a erosionar el fundamento mismo de la teoría del negocio que, despojado de su contenido de voluntad, perdía gran parte de sus propias razones de existencia¹²²

En esa misma dirección va la opinión expresada por Galgano. A su parecer, la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual en adhesión a las exigencias de segura, rápida y amplia circulación de la riqueza, está entre las

¹¹⁹ Un interesante análisis sobre este punto puede verse en: TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “¿Ha optado el Código Civil peruano por el voluntarismo en materia contractual?”. En: Themis. Revista de Derecho. N° 17. 1990.

¹²⁰ Ilustrativas son las páginas de: BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000; SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004.

¹²¹ STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1.

¹²² ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Op. Cit. Pág. 59.

razones de la ausente recepción de la categoría del negocio jurídico. El contrato, seguido de tal proceso de objetivación, resulta separado de la matriz conceptual del negocio jurídico, categoría abstracta pensada precisamente en términos de voluntad”¹²³, lo cual no compatibiliza con la necesidad de tutela del tráfico jurídico y la confianza depositada en los pactos y no tanto en la voluntad no manifestada.

En consecuencia, por el lado de la constante y creciente objetivación del intercambio económico, tampoco tendría mucho sentido hablar de negocio jurídico en nuestro sistema jurídico, más aún si el Perú poco a poco va abriendo sus fronteras a importantes (pero no siempre adecuados) procesos de compenetración e intercambio económico con sociedades de todo el mundo (por medio de los tratados internacionales en materia económica); intercambios que muchas veces requieren reglas claras que tutelen a las personas contratantes y que suponen muchas veces una agilidad en el tráfico que obliga a prescindir de la voluntad de las partes.

Como corolario de lo dicho hasta este punto, podemos sostener que el negocio jurídico en el Perú, en tanto categoría legislativa, capaz de ser aplicable de forma extensiva a figuras tales como al matrimonio, testamento y los actos jurídicos unilaterales, no existe; es decir, la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en nuestro Código porque no se legisló según el modelo del Código Civil alemán¹²⁴. Por otro lado, el clima económico, político, cultural y social contribuye para que cada vez se haga más resonante la idea sobre la inutilidad del negocio jurídico.

¹²³ GALGANO, Francesco. *Teorie e ideologie del negozio giuridico*. Citado por: FRANZONI, Máximo. “Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico”. En: *Derecho Civil Patrimonial*. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Pág. 64.

¹²⁴ En este sentido se puede ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial”. En: *Revista de Derecho*. Universidad de Piura. Volumen 5. Año 2004. Págs. 93-115.

5. ¿Para qué sirve entonces la teoría del negocio jurídico?

Si es que el negocio jurídico no tiene utilidad legislativa ni unitaria en el Código Civil peruano, ¿significa eso que no tiene razón de ser en la actualidad? ¿Significa ello que está destinado a no cumplir ninguna función, y por ello sería mejor confinarlo a formar parte de la historia del derecho?

Consideramos que no. Sintomático de la importancia del negocio jurídico, es la cantidad de concepciones¹²⁵ o formas de abordar tal instituto jurídico que se han dado a lo largo de la historia, sobre todo en la doctrina italiana (con excepción de la concepción voluntarista, que podría denominarse la versión original del negocio jurídico nacida en Alemania).

En efecto, es posible hablar de la concepción voluntarista¹²⁶ o antropológica (el negocio jurídico como la manifestación de voluntad), concepción del negocio jurídico como supuesto de hecho¹²⁷; concepción declaracionista o preceptiva¹²⁸ (el

¹²⁵ Cada una de estas concepciones sobre el negocio jurídico (y por ende sobre el contrato) que se han venido dando a lo largo de los años, serán analizadas en seguida.

¹²⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005. Pág. 351; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1; VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. Prólogo por el profesor Tulio Ascarelli. Volumen I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1998. Pág. 97; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Traducción de es Esther Gómez Calle y Jose María Miquel González. 1ª. Edición. Editorial: Fundación Cultural del Notariado. Madrid, Septiembre. 1998.

¹²⁷ ZITELMANN. Irrthum und Rechtsgeschäft. Leipzig. 1879. Pág. 288. Citado en SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 45;

negocio jurídico entendido como la autorreglamentación de intereses), la concepción institucional¹²⁹ (el negocio jurídico como ordenamiento privado autónomo), la concepción normativa¹³⁰ (el negocio jurídico como norma jurídica privada), la concepción axiológica¹³¹ (el negocio jurídico como acto vinculante de

LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Volumen I. Pág. 197 – 198; ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Derecho Civil (Parte General). En: Tratado de Derecho Civil. Nacimiento, Extinción y Modificación de los Derechos Subjetivos, Pretensiones y Excepciones, Ejercicio y Aseguramiento de los Derechos. Primera Parte. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la Trigésima Novena Edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer; y actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Tercera Edición al cuidado de A. Hernández Moreno y María Del Carmen Gete-Alonso. Bosh Casa Editorial. Barcelona, 1981, Tomo Primero, Volumen Segundo, p. 64.

¹²⁸ BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000. Págs. 51-52; SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 106; SCONAMIGLIO, Renato. “El negocio jurídico. Aspectos generales”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario. Presentación de Giovanni Battista Ferri. Ara Editores. Lima. 2001; TABOADA CORDOVA, Lizardo. “La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico”. En: Themis. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Edición de Aniversario. Segunda Época. N° 30. Lima. 1994. Pág. 64. También en: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 233-242.

¹²⁹ ROMANO, Santi. “Autonomía”. En: Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. 1983. Págs. 7-18; ROMANO, Santi. El Ordenamiento Jurídico. Traducción de Sebastián Martín – Metartillo y Lorenzo Martín – Metartillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963.

¹³⁰ FERRI, Luigi. La autonomía privada. Traducción por Luis Sancho Mendizabal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid; MORALES HERVIAS: Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 138 – 147.

¹³¹ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 130; Para una lectura resumida de la postura de Battista Ferri, sugerimos ver: BATTISTA FERRI, Giovanni. “El negocio jurídico”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 Estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 185 – 251. Para un enfoque más sucinto aún, pero no por ello menos interesante, ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. “El pensamiento de Giovanni Battista Ferri. El

privada reglamentación de intereses), la concepción programática¹³² (el negocio jurídico como acto programático por medio del cual se realiza un programa previamente determinado por los particulares).

Nos detendremos en este punto para, antes de arribar a las conclusiones referentes a este primer capítulo, desarrollar cada una de las concepciones que en la doctrina, a lo largo de los años, se han elaborado para el negocio jurídico. Ello con a finalidad de esclarecer (en la medida de lo posible) el concepto de negocio jurídico que es manejado actualmente por la doctrina más autorizada y determinar a su vez dentro de cuál de tales concepciones es posible incluir al contrato tal como ha sido regulado por el legislador nacional.

Esta tarea, encaminada a “descifrar” el concepto de negocio jurídico – y por ende del contrato - acorde con nuestro sistema jurídico, es importante para evitar incurrir en los errores en los que comúnmente tropiezan nuestros jueces, quienes no sólo no tienen claro qué debe entenderse por negocio jurídico, sino que muchas veces manejan concepciones antojadizas y arbitrarias, que no son propias de un análisis serio de las instituciones jurídicas¹³³.

negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 65. Noviembre – Diciembre. 2005. Págs. 15-24.

¹³² FALZEA, Angelo. “L’Atto Negoziale Nel Sistema dei Comportamenti Giuridici”. En “Rivista di Diritto Civile”, Año XLII, 1996, pp. 34-35; FALZEA, Angelo. “El Negocio Jurídico y Autonomía Individual”: Trad. Rómulo Morales Hervías en “Revista Jurídica del Perú”. Tomo 82, Diciembre 2007. Lima: Gaceta Jurídica, Pág. 262.

¹³³ Claros ejemplos de aplicaciones indebidas sobre el negocio jurídico por parte de nuestra judicatura han sido “denunciados” por: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las aplicaciones indebidas de los conceptos del negocio jurídico en el Código Civil Peruano de 1984 luego de 25 años de su vigencia”. En: Advocatus. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 21. Lima. 2009. Págs. 99-105.

Esta fundamental tarea de definir al negocio jurídico – en especial al contrato - de forma correlativa con la opción asumida por el derecho positivo, ha sido puesta de relieve por un sector autorizado de la doctrina italiana: “El problema – está bien tenerlo presente – no es solamente de sistematización y mucho menos verbal. Creo que ya nadie adscribiría la opinión de Windscheid de que cualquiera está autorizado a dar al concepto de negocio jurídico la figura que le parece más acorde, con tal que no se cometa un incongruencia del lenguaje, y que por tanto, en rigor, no se debería decir: negocio jurídico es esto o aquello, sino por negocio yo entiendo esto o aquello. Ahora el concepto no es más solamente científico, como tal vez y, de todos modos, hasta cierto punto, fue desde el principio: él ha ingresado, explícitamente o implícitamente, con su denominación o sin ella, en el derecho positivo, por más que haya sido de un modo poco preciso. **La tarea del jurista es por lo tanto, aquella de precisar el concepto de negocio jurídico, pero no de forma arbitraria: él debe partir desde el punto de vista del derecho positivo**, el cual a los negocios otorga una serie de principios que en cambio no están referidos a los actos no negociales y viceversa”¹³⁴ (el énfasis es nuestro).

El no manejar adecuadamente una concepción sobre el negocio jurídico, puede llevarnos a cometer errores en la aplicación prácticas de las normas, como aquél en que incurrió la Corte Suprema al momento de emitir la Resolución N° 2148-2007-CALLAO, emitida el día siete de mayo de 2008¹³⁵, en la que con ocasión de abordar el tema de la nulidad de los actos notariales, propuso de forma “innovadora” la aplicación de las reglas propias de la nulidad del acto jurídico, a los actos notariales, cuando está del todo claro que no es posible aplicar a los actos

¹³⁴ ROMANO, Santi. “Autonomía”. En: Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1983. Pág. 5.

¹³⁵ Publicada en Diálogo con la Jurisprudencia. N° 131, año 15, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2009.

notariales las normas y las instituciones propias del negocio jurídico, ya que ambas figuras responden a estructuras, finalidades y funciones completamente disímiles^{136 137}.

Una vez definido el negocio jurídico conforme las distintas teorías que se han diseñado sobre el particular, pasaremos a analizar cuál de todas ellas calza mejor con la concepción del contrato diseñada por nuestro legislador, en la medida que – como ya se indicó – el contrato es el punto de partida de la presente investigación.

6. Las distintas teorías negociales (contractuales)

6.1 El origen del negocio jurídico: Concepción voluntarista

Pocos temas han sido objeto de disertación por parte de los estudiosos del derecho de forma tan amplia como la concepción del negocio jurídico. Tal es así que desde inicios del siglo XIX, hasta nuestros días, numerosos e ilustres autores se han ocupado de lleno del arduo problema.

Sin embargo, sería una equivocación considerar que dicha labor doctrinal, haya logrado obtener resultados definitivos o cuando menos satisfactorios en esta

¹³⁶ FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Tomo Segundo. 4ª. Edición. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 1992. Pág. 63.

¹³⁷ Para una crítica puntual a esta sentencia se puede ver: PASCO ARAUCO, Alan. “¿Es posible aplicar el artículo 219 del Código Civil para sancionar la nulidad de un acto notarial?”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 136. Año 15. Enero. 2010 Págs. 85-107.

materia; “la verdad es que si las principales concepciones que se han propuesto sobre el negocio son apreciadas desde una óptica libre de prejuicios, no se tarda en reconocer, por el contrario, que ellas dejan el área en cuestión plenamente expuesta a graves dudas y dificultades”¹³⁸

Y prueba de ello es la concurrencia, en el tiempo, de una serie de teorías que en su momento definieron al negocio jurídico, pero que con el paso de los años y ante la aparición de nuevos postulados, fueron siendo dejadas de lado, al no haber podido captar la esencia del negocio jurídico (muchas veces por no desprenderse, tales teorías, de los prejuicios y apriorismos que se ciernen sobre la figura del negocio jurídico).

Sobre el particular, el ilustre jurista Santi Romano señala con acierto que “(...) es interesante notar que así como la distinción entre actos negociales y actos no negociales, no ha permanecido ignorada, esta distinción, en la literatura italiana y extranjera, ha sido formulada con criterios dispares, del todo inciertos, y frecuentemente arbitrarios, de modo que no sólo no se delinea todavía una *communis opinio*, sino que, por el contrario, se perfilan una serie de teorías, llena de contradicciones la una con la otra”¹³⁹

Entre las distintas teorías o concepciones que se han planteado sobre el negocio jurídico, y a las cuales aludía Santi Romano, encontramos por ejemplo: la concepción voluntarista, la concepción de la autorreglamentación de intereses, la

¹³⁸ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pg. 2.

¹³⁹ ROMANO, Santi. “Autonomía”. En: Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1983. Pág. 4.

concepción del ordenamiento privado autónomo, la concepción de la norma jurídica privada, la concepción del acto vinculante de privada reglamentación de intereses, entre otras concepciones que desarrollaremos a continuación.

Para llevar adelante, de forma prolija, un excursus histórico de tales concepciones sobre el negocio jurídico, debemos partir por la doctrina alemana; y de este “deber” ha dado cuenta un sector autorizado de la doctrina nacional: “El negocio jurídico, como el contrato y la responsabilidad civil, es una institución afortunada en cuanto a investigaciones, pero estas han tenido como pauta el haberse nutrido de la con todo preciosa bibliografía proveniente de Italia. Y la bibliografía italiana, a pesar de los esfuerzos de Giovanni Battista Ferri, y de lo que queda de la Escuela de Mesina, ahora representada por Vincenzo Scalisi, puede generar más confusiones que certezas” por ello “(...) el estudio del negocio jurídico y las bases para su defensa, sólo pueden sernos brindados por la doctrina germana”¹⁴⁰

En el mismo sentido, sobre la paternidad que la doctrina alemana tiene sobre el negocio jurídico, Battista Ferri ha señalado que “la elaboración del concepto de negocio jurídico, en el ámbito de los hechos jurídicos, constituye ciertamente uno de los aportes más importantes que la cultura alemana ha legado al pensamiento jurídico moderno (...); por ello la paternidad del negocio jurídico debe atribuirse a la cultura alemana”¹⁴¹

¹⁴⁰ LEON HILARIO, LEYSSER. “Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil”. En: El sentido de la codificación civil. Op. Cit. Pág. 117.

¹⁴¹ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 59 – 62. En el mismo sentido se ha dicho que “la teoría del negocio jurídico es vista por muchos como la conquista más sobresaliente de la ciencia pandectista alemana del siglo XIX. Al mismo tiempo esta teoría fundó la fama mundial de la ciencia jurídica alemana y se convirtió en una de sus mejores productos de exportación” (SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006. Págs. 33-47.

En virtud a ello, comenzaremos por indagar el concepto de negocio jurídico en la doctrina alemana.

La concepción originaria o primigenia que surgió en Alemania, es denominada concepción voluntarista y fue planteada en un primer momento por Savigny¹⁴². Según esta teoría, “que puede considerarse clásica, y que coincide con la noción original de la figura, el negocio consiste, esencialmente, en una declaración de voluntad”¹⁴³ dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas¹⁴⁴.

¹⁴² SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005.

¹⁴³ SCONAMIGLIO, Renato. Op. Cit. Pág. 4.

¹⁴⁴ Esta concepción clásica o voluntarista del negocio jurídico también fue asumida en Italia por Giuseppe Stolfi, quien definió al negocio jurídico como “la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción”: STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 1. Cabe señalar que si bien en la definición original planteada por Savigny se habla de declaración de voluntad, mientras que Stolfi se refiere a la manifestación de voluntad, este último explica tal distinción de la siguiente forma: “La manifestación, observémoslo en seguida, es designada más propiamente declaración cuando no es perfecta hasta que no es cotejada con otra persona; así, mediante el testamento el testador manifiesta la voluntad de disponer de su patrimonio, ya que el acto “mortis causa” para considerarse perfecto no es necesario llegue a conocimiento de otras personas, y, por el contrario, se dice que los contratantes declaran su voluntad propia porque el contrato supone que cada uno de ellos manifiesta su intención a la otra parte. Pero esto no impide que a menudo las dos palabras se utilicen como sinónimos” (STOLFI, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 6). No obstante, con esta diferenciación que hace el jurista italiano, entre declaración y manifestación de voluntad, parecería que lo que en realidad está distinguiendo son los negocios jurídicos recepticios de los no recepticios. Esta confusión entre los términos declaración y manifestación de voluntad, ha sido atribuido una mala traducción del término alemán WillensauBerung, que significa declaración de voluntad: “Como si fuera poco, Mesía y Poley, al decidir inspirarse en la versión francesa, traducen “manifestación de voluntad (WillensauBerung, en alemán) donde dice realmente “declaración de voluntad” (Willenserklärung).

Antes de llegar a una definición sobre el negocio jurídico, Savigny parte del análisis de lo que entiende por hecho jurídico, y partir de allí define al negocio jurídico:

“Llamo hechos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Todos estos hechos tienen por carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas”¹⁴⁵

Estos hechos jurídicos "pueden proceder: a) de actos libres de la persona interesada; b) de circunstancias accidentales.

En cuanto a los actos libres, la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: a) puede tener por objeto inmediato formar o destruir la relación de derecho, aún cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces **se llama a los hechos de esta especie manifestaciones de voluntad**¹⁴⁶ (por ejemplo, el que compra una casa acepta con conocimiento de causa una relación jurídica que le crea derechos y obligaciones, pero no es para él sino un medio, ya de habitarlo, ya de realizar un beneficio arrendándolo o

Quienes conozcan la materia saben, perfectamente, que estas voces no tienen el mismo significado; es más, el de la primera comprende al de la segunda” (LEON HILARIO, Leysser. Las Malas lecturas y el proceso de codificación en el Perú. Op. Cit. Pág. 78).

¹⁴⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005. Pág. 350.

¹⁴⁶ En adelante, cada vez que citemos palabras de Savigny, y hagamos alusión al término “manifestación de voluntad”, debe leerse en realidad “declaración de voluntad”, ya que ésta era la terminología empleada por el maestro alemán para definir al negocio jurídico (“el negocio jurídico es la declaración de voluntad...”). Sin embargo, como ya señalamos en la nota precedente, los encargados de traducir al maestro alemán al español, tradujeron “manifestación de voluntad” allí donde decía declaración de voluntad. La aclaración está hecha.

vendiéndolo de nuevo); b) puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan a la conciencia como subordinados (por ejemplo, el cazador que persigue un animal quiere gozar del placer de la caza y aun comer el animal o venderlo; lo mismo sucede con la ocupación como medio de adquirir la propiedad), o no aparezcan en absoluto (el que me roba, no se propone ciertamente constituirse en deudor mío ex delicto. Este acto, también accidental para mí y el ladrón)”¹⁴⁷ (el énfasis es nuestro)

De esta forma, para Savigny, “deben entenderse como manifestaciones de voluntad o negocio jurídico la clase de hechos jurídicos que no sólo son actos libres, sino que según la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho”¹⁴⁸

Esta preponderancia que Savigny le otorga a la voluntad se pone de manifiesto una vez más cuando señala que “la base de toda manifestación de la voluntad es la existencia de la voluntad misma (...) la manifestación traduce el hecho interno de la voluntad en caracteres exteriores y visibles.

La manifestación puede también ser expresa o tácita. En efecto, la voluntad misma como hecho interno, no podía darse a conocer sino valiéndose de la mediación de un signo sensible exterior, y para esto hay dos modos. De ordinario, **el signo sensible tiene únicamente por fin expresar la voluntad**”¹⁴⁹. (El énfasis es nuestro)

¹⁴⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Op. Cit. Pág. 351.

¹⁴⁸ Ibíd. Pág. 394.

¹⁴⁹ Ibíd. Pág. 458.

De esta forma, la declaración de voluntad supone necesariamente la existencia del elemento volitivo concordante con la declaración¹⁵⁰.

En igual sentido se pronuncia Von Tuhr, quien sobre el particular señala lo siguiente:

“(…) los actos lícitos, cuyo efecto se produce en el derecho privado, se pueden designar con el término general de actos jurídicos. Entre ellos, tiene particular relieve una subespecie que la ciencia del derecho común, y de acuerdo con ello, el Código Civil, separan con el nombre de negocio jurídico. Falta un término técnico para designar a los actos lícitos que no son negocios, se suele llamarlos actos en oposición a negocios. El concepto de acto jurídico se refiere a numerosos y muy distintos casos sobre cuya sistematización y reglamentación no hay uniformidad de criterio”¹⁵¹

Una vez ubicado al negocio jurídico dentro del esquema general de los hechos jurídicos, el autor señala que “todos los actos, inclusive los negocios, pueden ser apreciados en su conjunto si se les clasifica atendiendo a su contenido psicológico; en efecto, ellos son manifestaciones: de voluntad, de un conocimiento o de un sentimiento¹⁵².

¹⁵⁰ “Todo negocio supone, por consiguiente, 3 elementos que debe tenerse en cuenta: la voluntad en sí misma, su manifestación y la conformidad entre los dos términos anteriores”: SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Op. Cit. Pág. 394.

¹⁵¹ Ibid. Pág. 6

¹⁵² Ibid. Pág. 10.

Definido el negocio jurídico como manifestación de voluntad, VON TUHR se ocupa primero de señalar lo que entiende por manifestación de voluntad:

“Las manifestaciones o declaraciones de voluntad son actos de los cuales se desprende que el agente procura un resultado (modificación o conservación de un estado de derecho, o de hecho) y considera posible que éste se realice como consecuencia de su voluntad.

Entre estas manifestaciones de voluntad, las más importantes son aquellas que procuran un efecto jurídico, esto es, la modificación del estado jurídico existente. **Esas manifestaciones, solas, junto con otras, o junto con hechos jurídicos, integran el factum del negocio jurídico**¹⁵³ (el énfasis es nuestro).

En consecuencia, “el negocio jurídico es el instrumento que utilizan las partes para reglamentar sus relaciones jurídicas dentro del límite que la ley les permite. La modificación del estado jurídico es siempre el objeto del negocio y también es su efecto, si se lo realiza válidamente. En el negocio, la consecuencia jurídica se halla en relación de dependencia esencial con el contenido de la declaración¹⁵⁴. El Código Civil llamada declaraciones de voluntad a las manifestaciones que integran el factum del negocio jurídico”¹⁵⁵

¹⁵³ Ibid. Pág. 97.

¹⁵⁴ La modificación del estado jurídico, que se procura con el negocio, puede también consistir en que no se produzca una modificación que el agente podría realizar. Por tanto, el rechazo de la oferta y la negación de la aprobación (sobre renuncia a los derechos de aceptar y probar) deberían ser considerados, en opinión del citado autor, como negocios jurídicos.

¹⁵⁵ VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 97

Sin embargo, esta teoría sostenida por Savigny y Von Tuhr (y que podría resumirse diciendo que el negocio jurídico es la voluntad manifestada productora de efectos jurídicos) ha sido duramente criticada por la doctrina, la cual no ha dudado en señalar que “la sola enunciación de esta definición (identificar negocio jurídico con declaración de voluntad) impone plantear, a renglón seguido, algunas cuestiones que están estrictamente ligadas con ella (...) En primer lugar el problema de interés práctico más importante es aquel que surge cuando existe una divergencia entre la voluntad interna y la declaración: tal problema consiste en establecer si en esta hipótesis se debe proteger la voluntad negocial o la confianza ajena, y en qué medida. En segundo lugar, se presenta una cuestión de relevante interés teórico: la de establecer si el propósito debe estar dirigido hacia el efecto jurídico o si es suficiente, por el contrario, un propósito práctico o empírico. Por último, está el grave problema dogmático de determinar si los efectos jurídicos son producidos por la voluntad del particular o por la ley; en este último supuesto, la voluntad interna quedaría degradada al nivel de mera condición de los efectos”¹⁵⁶.

Por ende, “llegados a este punto, para considerar satisfactoria la configuración del negocio jurídico como declaración de voluntad, habría que obtener – como bien se entiende – soluciones unitarias y coherentes de los tres problemas que se acaban de plantear. Sólo que la doctrina jamás lo ha conseguido: por el contrario, es indiscutible que los autores, incluso en relación con cada una de las citadas cuestiones, no han llegado nunca, a pesar de sus esfuerzos, a lograr una suficiente base de concordancia. Siendo así (...) se tiene que considerar intrínsecamente viciada una teoría que no es capaz de superar sus dificultades internas con la solución de los problemas que ella misma plantea”¹⁵⁷

¹⁵⁶ SCOMAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 4.

¹⁵⁷ Ibíd. Pág. 5.

En este mismo sentido, doctrina nacional ha señalado que “esta definición adolece de cuatro defectos. El primer defecto de esta teoría jurídica es su falta de una noción unitaria del negocio jurídico. En esta teoría jurídica existen dos nociones diferentes. Por un lado, se considera a la declaración de voluntad (negocio jurídico) como un medio para la exteriorización de un hecho psicológico (voluntad) y por otro lado, se concibe a la declaración de voluntad (negocio jurídico) como la conjunción de la voluntad y la declaración como los dos elementos negociales. El segundo defecto es que la expresión “declaración de voluntad” denota una situación de ambigüedad semántica por la imprecisión de su significado. El tercer defecto es la aplicación del “criterio de la producción de los efectos jurídicos queridos” en la definición del negocio jurídico como declaración de voluntad dirigida a un efecto jurídico. Este criterio produce un círculo cerrado: el derecho quiere aquello que las partes quieren, las partes quieren aquello que el derecho quiere. Como consecuencia de esta aseveración, esta noción deja de lado la atribución del ordenamiento jurídico en la calificación de los efectos jurídicos en razón del simple “reconocimiento de las consecuencias jurídicas deseadas por los particulares» por parte del Derecho positivo”. Esta crítica es perfectamente aplicable a la noción francesa del “hecho jurídico voluntario lícito con manifestación de la voluntad psicológica de obtener obligaciones”. Y el cuarto defecto es que la definición del negocio jurídico como declaración de voluntad se confunde con los demás actos jurídicos en sentido estricto. En el ejemplo propuesto, las definiciones del jurista alemán resultan insuficientes para determinar una diferencia precisa entre el negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto. Inclusive un acto jurídico ilícito podría ser considerado negocio jurídico por la exclusiva relevancia de la declaración de la voluntad”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico. En: www.dike.pucp.edu.pe. En este mismo sentido, se puede ver: NEGRI, Héctor. “Negocio Jurídico en la Doctrina Germano-Italiana”. En: Enciclopedia Jurídica OMEBA. Obras Magistrales de la Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires. 1965. Pág.

6.2. El negocio jurídico como supuesto de hecho

Ante las críticas a la visión voluntarista del negocio jurídico, surge otra teoría jurídica, denominada teoría de la *fattispecie*¹⁵⁹ o del supuesto de hecho¹⁶⁰,

244; GALGANO, Francesco. "Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico". En: Metodologías y Derecho Privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Traducción de Mariano Maresca de la versión publicada en *Categorie Giuridiche e Rapporti Sociali. Il Problema del Negozio Giuridico*. A cura de Cesare Salvi. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada. Nº 22. 1982. Págs. 49-50; GALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana. Tirant lo blanch. Valencia. 1992. Págs. 41-43; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. "La Necesidad de Abandonar la Concepción Clásica del Acto Jurídico". En: THEMIS. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Segunda Época. Nº 30. 1994. Pág. 62; LA HOZ TIRADO, Ricardo. "Negocio Jurídico y Declaración de Voluntad". En: Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima. Año XXI. Mayo. 1963. Pág. 549; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico. Reedición de la Segunda Reimpresión de la Edición original de 1971. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1985. Pág. 22; PALACIOS MARTINEZ, Eric Moisés. "Algunos Apuntes Dogmáticos sobre el Concepto de Negocio Jurídico". En: THEMIS. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Segunda Época. Nº 30. 1994. Pág. 69: "Con ello queda claro la insuficiencia de la definición en tanto se constate que la declaración de voluntad no es propia tan sólo de los negocios jurídicos. Piénsese en la interpelación y en la oferta como ejemplos claros de actos no negociales con declaración de voluntad".

¹⁵⁹ Sobre el término *fattispecie* se ha dicho lo siguiente: "La palabra es un poco extraña, pero interesante. Su ascendiente latina se podía descomponer en: *facti* (del hecho) *specie* (imagen). *Fattispecie* significa, entonces, la imagen de un hecho, es decir, el diseño, el bosquejo de una situación, que viene descrita sólo con alguna señal típica, y que puede ser reconocida en tantas situaciones concretas. Del mismo modo, por ejemplo, si ofrezco un puesto de trabajo, puedo indicar el "tipo" de persona que quisiera contratar ("contador, máximo de 30 años, con experiencia en prácticas tributarias, etc.") y así describir una imagen que puede corresponder, en concreto, a tantas particulares personas que tienen aquellos requisitos.

Por esto, se habla, frecuentemente, de *fattispecie* abstracta para indicar que se trata de la situación tipo descrita por la norma, y no de este o de aquel hecho concreto.

Por el contrario, se denomina *fattispecie* concreta la situación práctica en que la regla se aplica: aquella situación concreta, es decir, en que reconocemos las señales indicadas por la norma. Por ejemplo, la *fattispecie* abstracta de la "actividad peligrosa" descrita en el artículo 2050, se podrá reconocer, en concreto, en la actividad del señor Tal, que su tienda de artículos para campamento tiene un tanque de gas para la recarga de los recipientes para quienes practican el campamento": Paolo ZATTI y Vittorio COLUSSI. *Lineamenti di Diritto privato*. Nona edizione. CEDAM. Padua. 2003. Pág. 17.

sostenida por ZITELMANN, quien propone, por vez primera, luego de amplias investigaciones psicológicas, la distinción entre la voluntad del acto material o voluntad inmediata y la voluntad consciente del efecto del acto (intención, propósito).

De esta forma, “la declaración de voluntad dirigida, por su esencia, a producir una adecuada representación en otro sujeto, constituye – para el ilustre autor – además de una acción voluntaria, el medio para la realización de la intención del declarante, la manifestación de tal intención”¹⁶¹.

Así, “mediante la declaración de voluntad se provoca en el mundo real, con el suscitarse, en otros sujetos, de las adecuadas representaciones, la cooperación de estos para el resultado querido; lo mismo ocurre para el derecho en el caso de los negocios jurídicos. El derecho dice al sujeto: “dado que nadie más, sino yo, pudo ayudarte, dime lo que quieres y lo tendrás”; así, el derecho adopta la declaración de voluntad y eleva el propósito de las partes, y la declaración de este propósito, al nivel de elementos esenciales del negocio”¹⁶².

¹⁶⁰ El supuesto de hecho, traducción al español del término *fattispecie*, ha sido definido por autorizada doctrina alemana como “el conjunto de requisitos precisos para que se produzca un efecto jurídico (nacimiento, extinción o modificación de una relación jurídica). Entre supuesto de hecho y efecto jurídico existe la relación de fundamento y consecuencia. Esto conduce a una división del supuesto de hecho, de suerte que cabe distinguir entre el supuesto de hecho conjunto, que como concepto más estricto, es el fundamento del efecto jurídico, y los simples presupuestos para que concurran los efectos. Así ocurre, en particular, en el supuesto de hecho negocial”: LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Volumen I. Pág. 195.

¹⁶¹ ZITELMANN. Irrthum und Rechtsgeschäft. Leipzig. 1879. Pág. 241. Citado en SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 43.

¹⁶² ZITELMANN. Irrthum und Rechtsgeschäft. Leipzig. 1879. Pág. 243. Citado en SCOGNAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 43.

Prosigue el jurista alemán, señalando que “al adoptar la declaración de voluntad, el derecho extiende, luego, la capacidad causal de las partes: pero es siempre la ley, y no la voluntad, la que crea los efectos, así como la relación de causalidad entre el negocio y los mismos (...) El negocio constituye la *fattispecie* de los efectos queridos por las partes, la cual, empero, no coincide siempre con la declaración de voluntad, pues a veces la ley postula que son necesarios ulteriores elementos para la producción de dichos efectos”, de tal forma “se puede hablar de negocio, sea en sentido estricto, para indicar la declaración de voluntad, sea en sentido amplio, para comprender la entera *fattispecie*; hay que propender, empero, y según el lenguaje común, al primer significado de la expresión”¹⁶³

En este mismo sentido se pronuncia ENNECCERUS¹⁶⁴, quien define al negocio jurídico como el supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido.

En igual sentido, LEHMANN¹⁶⁵ especificaba al negocio como el supuesto de hecho cuya parte constitutiva esencial estaba integrada por una o más

¹⁶³ ZITELMANN. *Irrthum und Rechtsgeschäft*. Leipzig. 1879. Pág. 288. Citado en SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*. Op. Cit. Pág. 45.

¹⁶⁴ ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Derecho Civil (Parte General)*. En: *Tratado de Derecho Civil. Nacimiento, Extinción y Modificación de los Derechos Subjetivos, Pretensiones y Excepciones, Ejercicio y Aseguramiento de los Derechos*. Primera Parte. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la Trigésima Novena Edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer; y actualizada por Eduardo Valentí Fiol. Tercera Edición al cuidado de A. Hernández Moreno y María Del Carmen Gete-Alonso. Bosh Casa Editorial. Barcelona, 1981, Tomo Primero, Volumen Segundo, p. 64.

¹⁶⁵ LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho

declaraciones de voluntad, y cuyos efectos se determinaban de acuerdo con el contenido de estas declaraciones. De esta manera se identifica al negocio jurídico como el supuesto de hecho complejo resultante de todos los elementos necesarios para sus efectos jurídicos:

“(…) el negocio jurídico es un supuesto de hecho cuya parte constitutiva esencial está integrada por una o más declaraciones de voluntad, y cuyos efectos se determinan de acuerdo con el conjunto de estas declaraciones”¹⁶⁶

Como se puede apreciar, esta teoría jurídica cambia radicalmente la visión voluntarista de la primera teoría jurídica alemana hacia una noción científico jurídica (en forma parcial). El ordenamiento jurídico atribuye efectos jurídicos a la declaración de la voluntad: el comportamiento de los sujetos sociales al realizar intercambios de bienes y de servicios es contemplado en el supuesto de hecho de la norma jurídica para la calificación jurídica por parte del Derecho positivo. Es decir, el negocio jurídico definido como supuesto de hecho y por consiguiente como elemento de la norma jurídica, adquiere una dimensión diferente de la

Privado. Madrid. 1956. Volumen I. Pág. 197 - 198: “(…) los actos jurídicos son: o bien irrelevantes (un paseo, una invitación) o bien tienen importancia jurídica, producen efectos jurídicos (son los llamados actos jurídicos). No se piensa aquí, naturalmente, en los efectos del acto humano en el caso concreto, sino en sus efectos típicos como parte integrante del supuesto de hecho de una norma. Se dividían antes los actos jurídicos en negocios jurídicos y actos ilícitos. Pero esta clasificación no comprendía en modo alguno toda conducta jurídicamente eficaz, revelándose como demasiado estrecha. Hoy se distingue: 1. Conducta conforme a derecho, es decir, lícita: a) de carácter negocial: bajo este epígrafe se comprenden las exteriorizaciones de la voluntad del particular dirigidas a producir efectos jurídicos, en los que los efectos se producen de acuerdo con la voluntad manifiesta de las partes (los efectos se producen porque se han querido o mejor, porque se han declarado como queridos); b) de carácter no negocial: actos humanos lícitos cuyo efecto se determina sin tener en cuenta la voluntad de las partes y su exteriorización, que se determina directamente por la ley: actos jurídicos en sentido estricto (notificaciones, especificación, descubrimiento de tesoro, actos de legítima defensa, etc.)”.

¹⁶⁶ LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Op. Cit. Pág. 216.

definición savigniana, toda vez que se se está tomando en cuenta, sin quererlo, el rol valorativo del derecho de las diferentes conductas de los individuos en una sociedad en particular.

Más aún, con la noción de negocio como supuesto de hecho, se está diciendo de manera categórica, lo cual también es muy importante, que la declaración o manifestación de voluntad no pueden identificarse con el negocio, sino solamente con un elemento del mismo, el fundamental, obviamente.¹⁶⁷

No obstante, a pesar del avance que significó esta teoría en relación con la denominada teoría clásica, ella no estuvo exenta de duras críticas por parte de la doctrina civilista¹⁶⁸

¹⁶⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo. “La necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico”. En: Themis. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Edición de Aniversario. Segunda Epoca. N° 30. Lima. 1994. Pág. 64. También en: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 233-242. En el mismo sentido se sostiene que “se pasa de la perspectiva de la declaración de voluntad dirigida a los efectos jurídicos, hacia la perspectiva de la declaración de voluntad como hecho que la ley contempla como hipótesis para la producción de dichos efectos”: SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 64)

¹⁶⁸ La concepción del negocio jurídico como supuesto de hecho, “comporta la imposibilidad de una noción de negocio correspondiente a la realidad y, en cuanto tal, unitaria; según dicha concepción, la figura del negocio jurídico se disuelve en un conglomerado de elementos y requisitos heterogéneos (...); el negocio no puede ser identificado con la llamada “fattispecie negocial compleja”, que es una construcción apriorística de la doctrina, privada de una efectiva correspondencia en el mundo de los fenómenos jurídicos” (SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 65-67)

6.3. La concepción preceptiva: el negocio jurídico como autorregulación de intereses

La ruptura total y el derrumbe de las concepciones clásicas del negocio jurídico, dieron lugar a las corrientes preceptivas del negocio jurídico, que entendieron que en el mismo no existía únicamente un supuesto de hecho conformado por una o más declaraciones de voluntad, sino un supuesto legal con un precepto social, con un contenido fundamentalmente social. Desde este mismo instante, se empezó a definir el negocio jurídico, ya no como un supuesto de hecho, sino como una autorregulación de intereses de los sujetos, en una determinada sociedad, considerados dignos de tutela por el ordenamiento jurídico¹⁶⁹.

En términos generales podríamos decir que las teorías objetivas (dentro de las cuales encontramos a la teoría preceptiva) del negocio jurídico, nacen producto de las exigencias del tráfico y del comercio, obligando a trasladar el elemento central del negocio de la voluntad a la declaración.

Con acierto se ha señalado que "el proceso de abstracción asociado a las vicisitudes del negocio jurídico, tiene pendiente todavía una importante función cuando, superado el particularismo jurídico con la revolución francesa, aquél ha sido reintroducido bajo otra forma: con la distinción entre el código civil y el código de comercio. Pero verdaderamente esta división de los códigos ha significado el origen del inicio de la disolución lógica de la categoría. En cambio, realmente a partir de aquel momento, comienza a afirmarse un tendencial proceso de objetivación del cambio, ligado a un mecanismo que ve como objeto de tutela al acto de intercambio en sí, y ya no la voluntad del sujeto. Tal proceso se refleja en

¹⁶⁹ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. 1º edición. Editorial Grijley. Lima, 2002. Pág. 241.

las teorías que tienden a desplazar la investigación de la voluntad a la declaración, dirigiendo la atención desde el sujeto a su comportamiento exterior, socialmente apreciable”¹⁷⁰

Las denominadas “teorías objetivas”, y en especial la concepción preceptiva del negocio jurídico, volvieron a vincular la juridicidad de los efectos con el ordenamiento estatal, en cuanto fuente exclusiva (históricamente) de calificación jurídica¹⁷¹.

Según la teoría preceptiva del negocio jurídico, “la autonomía privada es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico”¹⁷²

¹⁷⁰ FRANZONI, Máximo. “Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico”. En: Derecho Civil Patrimonial. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Pág. 64.

¹⁷¹ Con acierto se ha sostenido que “este bando preceptivo de las teorías objetivas se desarrolla en el marco de una concepción que atribuye la juridicidad de los efectos al ordenamiento estatal, en cuanto fuente (históricamente) exclusiva de calificación jurídica; según esta concepción preceptiva, el negocio jurídico se distinguiría, sea de la norma jurídica (fuente de calificación), sea de los hechos y actos (que son meros presupuestos de efectos). Como expresión de autonomía privada, el negocio plantea una reglamentación directa, individual, concreta, de determinados intereses, por obra de los mismos interesados. Aquí existe una inmediata coincidencia entre el interés regulado, el poder y la voluntad reguladora (este es el punto característico): porque son el interés, el poder y la voluntad de las mismas personas (...). Debe atribuirse al pensamiento de Emilio Betti, principalmente, la formulación del concepto de negocio jurídico como acto de autonomía privada”: BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 104.

¹⁷² BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000. Pág. 52.

Sentadas estas premisas, EMILIO BETTI pasa a definir al negocio jurídico como “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico – social que caracteriza su tipo”¹⁷³. Por ende, cuando uno se pregunta qué cosa es el negocio jurídico o cuál es su contenido, “se responde que contiene y da vida a una disposición, un precepto de la autonomía privada en orden a concretos intereses propios de quien lo formula, precepto destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desplegar inmediatamente los efectos correspondientes”¹⁷⁴

Esto quiere decir que para la teoría preceptiva el negocio jurídica no es más que un acto de autonomía privada en virtud del cual las partes autorregulan sus propios intereses, y producto de esta autorregulación nace un precepto social, el cual regula las relaciones de las personas; este precepto social creado por el negocio jurídico, si bien ya de por sí vincula a las partes y regula su vida de relación intersubjetiva, pasa por el filtro del ordenamiento jurídico, el cual lo califica, y en caso tal calificación sea positiva¹⁷⁵, el precepto social se convierte en

¹⁷³ Ibid. Pág. 57.

¹⁷⁴ Ibid. Pág. 58.

¹⁷⁵ “Antes de revestir al negocio con su propia sanción, el orden jurídico valora la función práctica que caracteriza su tipo y lo trata en consecuencia. Las hipótesis posibles son tres: a) Que no juzgue su función digna o necesitada de tutela, en cuyo caso ignora el negocio y lo abandona así mismo como indiferente, dejándolo desprovisto de sanción jurídica. b) Que considere, en cambio, su función como socialmente trascendente y digna de tutela, y entonces reconoce al negocio y lo toma bajo su protección. c) O que, finalmente, estime la función reprobable, y entonces combate al negocio, haciendo sí, jurídicamente trascendente el comportamiento del individuo, pero en el sentido de provocar efectos contrarios al fin práctico normalmente perseguido (...) Sólo en la segunda hipótesis consignada es elevado a la dignidad de negocio jurídico el acto de autonomía privada; entonces el Derecho le concede los efectos jurídicos destinados a asegurar el cumplimiento de la función útil que caracteriza a su tipo y le da vida del modo más ajustado posible”: BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 56.

precepto jurídico, adquiriendo de esta forma una vinculatoriedad plena entre las partes.

De esta forma, “el precepto negocial, que no es fuente de derecho objetivo; que no es, por ende, una norma que pertenezca a un escalón normativo (como sí lo es en la concepción kelseniana); y que tampoco es una mera fattispecie (como lo son el hecho y el acto), parece moverse, en su relación con el ordenamiento jurídico, en una dimensión propia”¹⁷⁶.

Posteriormente, otro reconocido jurista, a pesar de partir del concepto de negocio jurídico como acto de autonomía privada¹⁷⁷ (planteada primigeniamente por Betti) y de alinearse dentro de una concepción objetiva del negocio¹⁷⁸, propone una variante respecto de las concepciones bettianas de la institución.

¹⁷⁶ “El negocio jurídico es, si no hemos comprendido mal el pensamiento de Emilio Betti, un valor (en cuanto regulación de intereses) que es valorado, a su vez, por otro valor (el expresado por el ordenamiento jurídico)”: BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. En: Teoría General del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Pág. 199. En otras palabras, según Emilio Betti, “el negocio jurídico, como acto de autonomía privada no es un valor, entendido como criterio original de valoración (porque este carácter original es exclusivo de la norma jurídica); y no es un hecho, entendido como mero objeto de valoración (o, si se quiere, como mero presupuesto de efectos que ya han sido rígidamente preestablecidos en las normas del ordenamiento jurídico)”: BATTISTA FERRI. Op. Cit. Pág. 105.

¹⁷⁷ “(...) lo primero que se debe hacer es intentar determinar el concepto empírico de negocio. Sobre la base de una resumida consideración de las normas que el legislador diera en este ámbito, avalada por las sugerencias que nos llegan de los precedentes históricos de la institución, y sobre todo, de la vida real, es dado arribar, fácilmente, a un primer resultado decisivo: **la sustancia, el substrato real del negocio jurídico, debe volver a ser identificada en el fenómeno de la autonomía privada** (el énfasis es nuestro): SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 105-106.

¹⁷⁸ La postura de Sconamiglio, a favor de la tesis objetiva del negocio jurídico, se acredita con sus siguientes palabras: “La autonomía del individuo puede expresarse en actos concernientes a él mismo, aisladamente considerado es decir, que constituyan el mero ejercicio de sus facultades personales, como por ejemplo, comer, trabajar, etc.; y entonces, se la califica, exactamente, como

Para comenzar, SCONAMIGLIO define a la autonomía privada como la “aptitud del individuo, en cierto sentido connatural a él, para dar regla, por sí mismo, a sus propios intereses; el ordenamiento, en sus disposiciones sobre los negocios, afronta y regula este fenómeno de la autonomía, el cual pasa a constituir, así, el substrato material de tales normas; de esta forma, la institución del negocio jurídico halla su razón de ser práctica en la exigencia de reconocer y regular la autonomía de los particulares”¹⁷⁹.

Siguiendo con esta postura, el citado jurista no duda en señalar que la esencia del negocio jurídico debe ser identificado en la autorregulación de los intereses privados; autorregulación que consiste en el orden que los privados dan a sus propios intereses, obrando en virtud de la autonomía a ellos reconocida. Sin embargo, advierte el autor, este orden que los privados dan a sus propios intereses, no debe confundirse con una norma que vincule a las partes, ya que el negocio de ninguna manera constituye una norma que vincula por fuerza propia¹⁸⁰,

“individual”; o bien puede dar lugar a actos de regulación de los intereses propios en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, y entonces debe hablarse de autonomía “social”. **Aplicando tal distinción a nuestros fines, no puede dudarse que la autonomía negocial, al expresarse en el campo de las relaciones económico – sociales, sea “social” en el sentido que se acaba de plantear.** La observación de la realidad confirma, de todos modos, que el negocio, sin importar la idea que se tenga del mismo, no puede identificarse con el simple ejercicio de una facultad personal, sino que **constituye, siempre, un acto destinado a escapar de la esfera del agente para instituir relaciones con otros agentes, y que debe asociarse, en cuanto tal, con el fenómeno de la autonomía social**” (el énfasis es nuestro): SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 111-112.

¹⁷⁹ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 106. En síntesis, para el citado autor, “hay que entender por autonomía negocial, en sentido estricto, un fenómeno social, no psicológico, y para ser precisos, la aptitud del particular para darse reglas por sí mismo, en el campo de sus relaciones económico sociales” (Ibid. pág. 116).

¹⁸⁰ Con esto queda claro que RENATO SCONAMIGLIO no es partidario de una concepción normativa del negocio jurídico. Sobre esta teoría normativa, volveremos más adelante, cuando analicemos los postulados de LUIGI FERRI sobre la autonomía privada y el negocio jurídico.

sino una regulación vinculante en virtud de la específica relevancia que le es atribuida, justamente por una norma¹⁸¹.

Ahora bien, partiendo de la definición de negocio jurídico como “acto de autonomía privada”, es decir, como instrumento para la regulación de intereses privados, SCONAMIGLIO propone un sutil y convincente replanteamiento del fenómeno:

“Al concebir la noción de negocio, el ordenamiento reconoce el acto de autonomía privada **con arreglo a su esencia real**. En el ámbito de la realidad social, el acto de autonomía negocial brinda un orden vinculante a los intereses de las partes que lo han llevado a cabo. Dicho orden es reconocido por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el acto negocial, fenómeno social caracterizado por una peculiar esencia dinámica, constituye, luego de su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, un fenómeno *mutatis mutandi*, de la misma naturaleza”¹⁸².

Según este parecer, el ordenamiento jurídico, al representarse la noción de negocio, habría reconocido el acto de autonomía privada según su esencia real. “En otras palabras, a pesar de que su juridicidad formal deriva del reconocimiento obtenido de parte del ordenamiento (que es, sin embargo, un reconocimiento técnico), el negocio jurídico sería ya, en la realidad, una regla, y tendría, por lo tanto, una relevancia efectual. La intervención del ordenamiento realizaría, entonces, una suerte de “juridificación” de los efectos empíricos producidos por el negocio en la realidad social. En tal sentido, se comprendería por qué los efectos

¹⁸¹ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico Op. Cit. Pág. 126 – 130: “La autonomía de los particulares – el hecho de que estos den regla a sus propios intereses en el campo de las relaciones económico sociales – constituye un coeficiente de primer plano para una ordenada y progresiva dinámica de la vida en sociedad, y que adquiere su propio significado, precisamente, en el ámbito de la realidad social” (Ibíd. Pág. 112).

¹⁸² SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Págs. 105 – 140.

jurídicos no pueden dejar de adecuarse, “grosso modo”, a las disposiciones adoptadas por las partes”¹⁸³.

En esto precisamente radica la sutil diferencia entre los postulados de Emilio Betti y de Renato Sconamiglio, ya que para este último “acto de autonomía (o lo que es lo mismo, negocio jurídico) no quiere decir declaración con contenido preceptivo, sino autorregulación inmediata y concreta de intereses propios”¹⁸⁴

6.4. Concepción institucional: el negocio jurídico como ordenamiento privado autónomo.

SANTI ROMANO intentó reconstruir la teoría del negocio jurídico con el argumento de la existencia de una pluralidad de ordenamientos. Según su teoría, denominada institucionalista¹⁸⁵, es importante definir a la autonomía privada, porque sólo teniendo claro tal concepto es posible encaminarse a definir al negocio jurídico, ya que éste tiene como sustento o base a aquella:

“(…) Para que se hable de negocio jurídico es necesario, y también suficiente, otro requisito: que ellos sean explicación de un poder de autonomía. Sobre autonomía, a propósito de los negocios jurídicos, ha hablado la

¹⁸³ BATTISTA FERRI. Op. Cit. Pág. 201.

¹⁸⁴ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 136.

¹⁸⁵ Se le denomina teoría institucionalista porque según ésta el negocio jurídico es un poder de autonomía en virtud del cual los particulares crean a favor de ellos un ordenamiento jurídico, y todo ordenamiento jurídico (según Santi Romano) no es sino una institución. Por ende, el negocio jurídico no sería otra cosa que el poder de los particulares de darse una institución. Cada uno de estos elementos serán expuestos y detallados a continuación.

doctrina, pero en general, sin atribuirle a tal palabra el significado preciso y técnico que le es propio y sin mencionar que en ella debe hallarse la nota diferencial de los negocios jurídicos respecto de los otros actos jurídicos”¹⁸⁶.

Por autonomía debe entenderse lo siguiente: “Subjetivamente, ella es **la potestad de darse un ordenamiento jurídico** y objetivamente, indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos y entes se constituyen para sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros”¹⁸⁷ (el énfasis es nuestro).

Entendido el negocio jurídico como un poder de autonomía, o lo que es lo mismo, como el poder (definir poder) de los particulares de darse un propio ordenamiento jurídico, debemos determinar, qué es, en concepto de Santi Romano, un ordenamiento jurídico.

“El ordenamiento jurídico así entendido en su conjunto, es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, y no un elemento de su estructura”¹⁸⁸

¹⁸⁶ ROMANO, Santi. “Autonomía”. En: Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. 1983. Pág. 8.

¹⁸⁷ ROMANO, Santi. Autonomía. Op. Cit Pág. 8.

¹⁸⁸ ROMANO, Santi. El Ordenamiento Jurídico. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1968. Pág. 99-100.

En consecuencia, **“el concepto que nos parece necesario y suficiente** para expresar en términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, **es el concepto de institución. Cada ordenamiento jurídico es una institución** e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico: la correspondencia entre estos dos conceptos es **necesaria y absoluta**”¹⁸⁹ (el énfasis es nuestro)

Si identificamos al ordenamiento jurídico con una institución ¿Qué debe entenderse por institución?

“Entendemos por institución todo ente o cuerpo social; sin embargo, “hay una palabra que intencionalmente hemos eludido hasta ahora y que resulta necesario y suficiente para aclarar la naturaleza de la institución: es el término **“organización”**. De esta forma, **“la institución es un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de derecho objetivo, más o menos completo**. No hay duda que la organización es un ordenamiento; las palabras organización, sistema, estructura, edificio, etc., con las que se le califica, tienden precisamente a resaltar esta idea, y éste y no otro es también el significado etimológico de la palabra Estado; con la que ahora se designa a la más importante de las instituciones”¹⁹⁰ (el énfasis es nuestro)

Ahora bien, y aquí viene la aplicación concreta de la teoría pluralista de ordenamientos jurídicos, **“del concepto de ordenamiento jurídico dado, se puede deducir el corolario de que existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones**. Puede suceder que tales instituciones están relacionadas entre sí de manera que sus ordenamientos, mientras permanecen distintos desde algunos puntos de vista, constituyen, desde otros, simples partes de un

¹⁸⁹ Ibid. Pág. 113.

¹⁹⁰ Ibid. Págs. 128-130.

ordenamiento más amplio, esto es, elementos integrantes de una institución mayor. Pero esto no sucede siempre y menos se puede pensar que exista una institución tan amplia capaz de comprender indistintamente a todas las demás. Se trata, en efecto, de una independencia y autonomía de estos ordenamientos. Tal principio, que podríamos denominar como el de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, no ha sido siempre unánimemente reconocido”¹⁹¹ (el énfasis es nuestro)

En efecto, entre los diversos ordenamientos jurídicos pueden existir distintas relaciones, pero a la larga el análisis sobre las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos “se resuelve necesariamente en el de la relevancia que uno de ellos puede tener para con los demás”¹⁹²; y esta relevancia viene a estar constituida por la coordinación de un ordenamiento respecto de otro y ello precisamente en base a un título jurídico¹⁹³

Este título varía según el tipo de relación que se presente entre ordenamientos:

“a) (...) **dados dos ordenamientos, puede uno de ellos encontrarse en situación de subordinación e inferioridad respecto de otro**, que es por ello mismo superior¹⁹⁴. Así sucede cuando una institución se encuentra comprendida en otra a la que concurre a constituir, de forma que el ordenamiento de la primera

¹⁹¹ Ibíd. Pág. 205.

¹⁹² Ibíd. Pág. 248.

¹⁹³ Ibíd. Pág. 249.

¹⁹⁴ Precisamente en este tipo de relación se encuentran el ordenamiento jurídico privado creado por medio del negocio jurídico y el ordenamiento jurídico estatal: se trata de una relación de subordinación del primero respecto del segundo; no obstante, como veremos más adelante, el hecho que el ordenamiento privado creado a través del negocio jurídico, se constituya en base a un ordenamiento superior (estatal), no implica que se confunda o amalgame con este último, sino que puede permanecer bien distinto de él.

se encuentra en cierto sentido rodeado por el ordenamiento más amplio de la segunda”¹⁹⁵ (el énfasis es nuestro)

No obstante, a pesar de esta relación de subordinación, **“un ordenamiento que se constituye en base a un ordenamiento superior, no se confunde ni se amalgama, por lo menos siempre y necesariamente, con este último, sino que puede permanecer bien distinto de él. Sin duda, los dos ordenamientos estarán en conexión el uno con el otro, y esta conexión será, según los casos, más o menos estrecha, pero por regla no se resolverá en una verdadera y propia CONFUSION.** Donde la posibilidad que concurren los extremos de la autonomía, implica una independencia que si bien no es necesario que sea absoluta, pero sí tolera una serie de graduaciones”¹⁹⁶ (el énfasis es nuestro).

Finalmente, la teoría institucionalista se termina acercando un tanto a la teoría normativa del negocio jurídico (de la cual nos ocuparemos enseguida), al señalar que los negocios jurídicos no sólo crean relaciones jurídicas, sino también normas jurídicas¹⁹⁷.

“Aquello que es más importa advertir es que **los negocios, en el significado que, en mi opinión, debe atribuirse a esta palabra, para lograr el fin último de la**

¹⁹⁵ ROMANO, Santi. El Ordenamiento Jurídico. Op. Cit. Pág. 250-252.

¹⁹⁶ ROMANO, Santi. Autonomía. Op. Cit. Pág. 15.

¹⁹⁷ Sabido es que para Savigny la principal diferencia entre el negocio jurídico y la ley es que el primero crearía tan sólo relaciones jurídicas, mientras que la segunda sería fuente de normas jurídicas. Al respecto, para esta clásica distinción, se puede ver: SAVIGNY. Sistema de Derecho Romano Actual. Op. Cit. Pág. 40.

constitución de relaciones, establecen normas y no pueden no establecerlas.

En otra oportunidad, escribía que **no son otra cosa que normas las cláusulas contenidas en los negocios** y que, para servirnos de las mismas palabras entonces empleadas, **cuando se dice que el negocio crea solamente relaciones jurídicas, o derechos o deberes subjetivos, se olvida que relaciones, derechos y deberes no pueden surgir sino sobre la base de normas y que, cuando estas normas no se encuentran en las leyes del Estado, es decir cuando éste no hace más que atribuir en general eficacia a la autonomía de los privados, tales normas no pueden encontrarse sino en el singular negocio jurídico, el cual así, antes de ser fuente de derecho subjetivo, es fuente de normas**¹⁹⁸ (el énfasis es nuestro).

6.5. Concepción normativa: el negocio jurídico como norma jurídica privada.

La teoría normativa fue planteada en un primer momento por juristas alemanes, pero recogida en Italia por Luigi Ferri, quien se convirtió en su máximo exponente.

La teoría normativa del negocio jurídico concibe a éste como una norma jurídica: “Las posiciones jurídicas de Brinz, Thon, Danz, Bierling y Manigk, coinciden en definir al negocio jurídico como una norma jurídica. Brinz expresó que el Derecho positivo (voluntad del Derecho) crea el negocio jurídico. También Thon subordinó el negocio jurídico al ordenamiento jurídico por la producción de los efectos jurídicos. De la misma manera, Danz, Bierling y Mangik señalaron tal subordinación normativa. Pero Manigk añadió en su definición un dato relevante

¹⁹⁸ ROMANO, Santi. Autonomía. Op. Cit. Pág. 27-28.

en su teoría: el negocio jurídico como norma jurídica es un elemento del Derecho positivo como fuente de Derecho y como supuesto de hecho (...) Esta idea jurídica constituyó un cambio radical de lo anteriormente estudiado (...) Antes se pensaba que la teoría del negocio jurídico giraba alrededor de la teoría de la norma jurídica, pero la teoría normativa estableció que la teoría general del Derecho era el centro de la teoría jurídico negocial”¹⁹⁹

En Italia, Luigi Ferri desarrolló las ideas jurídicas sobre el negocio jurídico, y se convirtió en el principal exponente de la teoría normativa²⁰⁰, por lo que corresponde realizar algunos breves apuntes sobre su concepción.

Debemos partir por señalar que la concepción normativa nació con la finalidad de explicar cómo es que el negocio, que desde cierto punto de vista constituye una *fattispecie* o supuesto de hecho, puede luego realizar efectos jurídicos propios, como si fuera una norma; es decir, “los estudios de la teoría normativa están encaminados a establecer cómo es que tiene lugar la producción de los efectos jurídicos”²⁰¹

Vital para comprender la teoría normativa, es entender primero la diferencia entre fuente de producción y fuente de validez:

¹⁹⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Ara Editores. Lima. 2002. Pág. 140.

²⁰⁰ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en Italia, una teoría normativa del negocio también fue intentada por Ferruccio Pergolesi, y con posterioridad, en tiempos más recientes, por Luigi Ferri. Luego, la misma línea fue seguida, aunque con acentos más variados, por Pietro Perlingieri. Al respecto se puede consultar BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 102.

²⁰¹ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 170.

“Fuente de producción, que algunos llaman también fuente de conocimiento, es el modo de producción y de manifestación de la norma jurídica y, por lo tanto, en esencia, es el acto en el que la norma jurídica está contenida. Pero tal norma es norma jurídica válida sólo en cuanto es creada de conformidad con el derecho: de aquí el concepto de fuente de validez, es decir, de un acto que tiene por contenido la norma que disciplina jurídicamente la formación del derecho. Para juzgar sobre la validez de una norma, debemos ver si ha sido emanada de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior que, respecto de la primera, llamaremos fuente de validez”²⁰²

Ahora bien, “se puede dar sentido a la afirmación común de que la norma legal es verdadera fuente de los efectos jurídicos derivados del negocio, únicamente cuando se entienda la palabra fuente en el preciso significado de fuente de validez, porque la fuente de producción de las normas contenidas en el negocio y de los efectos que de éstas se derivan no puede ser más que el mismo negocio jurídico”²⁰³

Existiendo dos tipos de fuentes (fuente de validez y fuente de producción) Ferri considera al negocio jurídico como fuente normativa, o lo que es lo mismo, como fuente de conocimiento o fuente de producción, que en opinión suya son sinónimos:

“(…) considero el negocio jurídico como fuente normativa, entendiendo tal expresión en el sentido de modo de manifestación de normas jurídicas. Pienso

²⁰² FERRI, Luigi. La Autonomía Privada. Traducción por Luis Sancho Mendizabal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Pág. 30.

²⁰³ Ibíd. Pág. 31.

que la expresión fuente normativa es sinónima de fuente de conocimiento y, también, de fuente de producción.

De esta forma, “**cuando se habla de fuente normativa se pone de relieve el contenido del acto creador de derecho: el negocio jurídico es fuente normativa en cuanto tiene un contenido de normas**”. Con la expresión fuente de conocimiento se demuestra mirar al acto creador de derecho en el aspecto de su instrumentalidad para el conocimiento del derecho. En fin, con la expresión fuente de producción se pone el acento sobre el momento creador del derecho que en la fuente se contiene”²⁰⁴ (el énfasis es nuestro)

Ahora bien “admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de **la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas**”²⁰⁵; y “se deduce de esto que **los negocios jurídicos, como manifestación de autonomía privada, son siempre actos de ejercicio de poder**: tanto los negocios que contengan actos de disposición de derechos patrimoniales como los que determinan el nacimiento de meros efectos obligatorios. En este hecho de establecer normas jurídicas debe descubrirse el elemento unificador del concepto de negocio y la razón misma de la categoría unitaria del negocio jurídico”²⁰⁶ (el énfasis es nuestro).

En síntesis, el negocio jurídico, como manifestación de autonomía privada, es fuente normativa (o lo que es lo mismo, fuente de conocimiento o fuente de

²⁰⁴ Ibíd. Pág. 32.

²⁰⁵ Ibíd.

²⁰⁶ Ibíd. Págs. 44.45

producción). Sin embargo, corresponde preguntarse ahora qué papel juega la otra fuente a la que hicimos alusión con anterioridad, es decir, la fuente de validez.

Para comprender a la fuente de validez, la teoría normativa primero se pregunta de dónde proviene la autonomía privada. Una vez obtenida la respuesta a tal interrogante, el concepto de fuente de validez se hace más claro:

“La autonomía privada no es un poder originario o soberano. **Es un poder conferido a los individuos por una norma superior**, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. **En la ley, vemos la fuente de validez de la norma negocial**”²⁰⁷ (el énfasis es nuestro).

Entonces, si la ley es la fuente de validez de la norma negocial o lo que es lo mismo, de la autonomía privada, entonces **“la fuente de validez se identifica con la fuente normativa superior a la que contiene la norma de cuya validez se trata. En otras palabras, la validez de una norma, es decir, su conformidad con el derecho, no puede ser afirmada sino con referencia a la norma superior que regula su formación**. Respecto de ella, el negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, en cuanto por ella está previsto de modo general y abstracto”²⁰⁸ (el énfasis es nuestro).

En conclusión, cuando la teoría normativa habla de fuente de validez, concibe al negocio jurídico como supuesto de hecho, como acto regulado por el derecho, y cuando habla de fuente de normativa o fuente de producción, concibe al negocio

²⁰⁷ Ibíd. Pág. 51.

²⁰⁸ Ibíd. Pág. 45.

jurídico como norma jurídica, como fuente de derecho. De esta da cuenta textualmente Ferri:

“(…) supuesto de hecho y fuente normativa no son términos que se excluyan. El negocio jurídico puede muy bien ser (y es) un acto regulado por el derecho, y contener a su vez derecho; no hay ninguna contradicción en ello. El negocio aparecerá como acto o como norma, según el ángulo desde el que sea considerado. Se ha dicho acertadamente que las fuentes crean normas y están a su vez reguladas por normas”²⁰⁹.

En pocas palabras, el negocio jurídico crea normas y es regulado por normas²¹⁰.

En síntesis, “según la teoría normativa, el negocio jurídico terminará asimilándose a un precepto normativo, perteneciente a un Stufenbau (escala) normativo que tiene su origen y fundamento en la Grundnorm (ley o norma fundamental), que rige, precisamente, el entero sistema del ordenamiento jurídico (...) Desde esta perspectiva, rigurosamente formalista, el negocio jurídico asume el ropaje de un

²⁰⁹ Ibíd. Pág. 23.

²¹⁰ Sobre este punto se aprecia con claridad la influencia que ejerció la concepción positivista de HANS Kelsen sobre la teoría normativa del negocio jurídico, ya que fue precisamente Kelsen, quien al adoptar la conocida pirámide normativa planteada en un primer momento por GEORG FRIEDRICH PUCHTA (jurista alemán perteneciente a la Escuela Pandectista, discípulo de SAVIGNY, fue el primero en plantear la idea de jerarquía o pirámide normativa) sostuvo que el fundamento de validez de una norma es siempre otra norma. Al respecto, se puede ver: Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1982. Pág. 142. De esta influencia Kelseniana en la teoría normativa, da cuenta el mismo LUIGI FERRI, cuando sostiene que “este apoyarse el negocio jurídico en una norma supraordinaria, lejos de excluir su naturaleza de fuente, la confirma, si se admite con Kelsen que el fundamento de la validez de una norma es siempre otra norma” (FERRI, Luigi. Lecciones sobre el Contrato. Op. Cit. Pág. 29)

precepto que el ordenamiento jurídico autoriza a poner en acción por parte del particular”²¹¹.

No obstante la claridad y coherencia con la cual se construyó la teoría normativa²¹², ésta recibió duras críticas por parte de un sector autorizado de la doctrina civil italiana²¹³

6.6. Concepción axiológica o valorativa: el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses

Con posterioridad, aparece un enfoque distinto sobre el negocio jurídico, planteado por Giovanni Battista Ferri, quien propone una hipótesis sobre el negocio jurídico como acto vinculante de regulación privada de intereses que está encaminado a la satisfacción de intereses individuales. El negocio jurídico, según el citado autor, asume relevancia positiva para el ordenamiento estatal cuando los

²¹¹ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 103.

²¹² Un resumen o síntesis de los postulados de la teoría normativa, se puede ver en el interesante trabajo de ROMULO MORALES HERVIAS: Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 138 – 147.

²¹³ Sobre el particular recomendamos ver: SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 171-176; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. Tomo II. VII Edizione aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane. Milano. 1998. Pág. 733; SCONAMIGLIO, Renato. “El negocio jurídico. Aspectos generales”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario. Presentación de Giovanni Battista Ferri. Ara Editores. Lima. 2001. Pág. 175 – 176.

valores²¹⁴ de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento.

Si se pretende sintetizar el pensamiento de Battista Ferri, se debe comenzar por señalar que “la idea de negocio jurídico se funda, si se aprecia bien, en la comprobación de la insuprimible libertad que los particulares tienen, en los hechos, en la realidad (por más que su “medida” parezca limitada por los dictados del ordenamiento estatal), para regular sus propios intereses. La idea misma de negocio jurídico fue elaborada, y es acogida, en sistemas jurídicos que brindan, y pretenden ofrecer, un espacio a esta libertad, así como una protección a la misma; por lo tanto, la idea de negocio ha sido considerada como expresión de la relación entre libertad (del particular) y autoridad (del ordenamiento estatal). A nuestro juicio, este aspecto, que ha sido definido como “plano externo”, o si se quiere, como contorno del negocio, ha constituido la verdadera base sobre la cual se han planteado, no sin algo de énfasis, todas las reflexiones sobre la institución”²¹⁵

Según la doctrina tradicional, el negocio tendría pues, una relevancia original (es decir, no dependiente del ordenamiento jurídico), pero para que esta adquiera connotaciones jurídicas siempre es necesario un reconocimiento de la regla negocial (aunque sea de carácter técnico), por parte del ordenamiento estatal.

Pero “la verdad, a nuestro juicio, la relación entre libertad y autoridad no debe plantearse bajo las drásticas fórmulas de una alternativa que contemple siempre, y necesariamente, el sacrificio de uno u otro de los dos términos que la componen.

²¹⁴ BATTISTA FERRI pone énfasis en **el encuentro de valores** que se produce cuando el negocio jurídico es confrontado con el Ordenamiento Jurídico, y por ello su teoría es denominada axiológica o valorativa.

²¹⁵ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 130.

En realidad, los dos términos (autoridad y libertad) están destinados a convivir y a confrontarse”²¹⁶

En efecto, “(...) el ordenamiento jurídico estatal valora todas las complejas imbricaciones y manifestaciones que caracterizan la realidad social a la que está referido, a la luz de aquellos principios generales (de índole moral, ideológica, económica, etc.) que constituyen su fundamento; en consecuencia, el ordenamiento expresa criterios de valoración adecuados y coherentes con los principios señalados. Por otro lado, el autor del negocio encuentra en la eficiencia de la fuerza vinculante y protectora expresado por el sistema del ordenamiento, el instrumento más idóneo para volver estables las modificaciones determinadas por el negocio, y por lo tanto, para hacer más seguras y certeras las finalidades que apunta a realizar mediante el negocio.

El sentido, y la función, diríamos nosotros, del encuentro entre el ordenamiento estatal y el negocio, no consiste tanto en plegar o adaptar el valor – negocio a los valores propios del ordenamiento estatal; a lo más, **consiste en verificar el grado de compatibilidad entre el valor expresado por la regla negocial y el valor expresado por las normas del ordenamiento**”²¹⁷ (el énfasis es nuestro).

“El encuentro entre el negocio y el ordenamiento estatal ha sido concebido, por las más recientes doctrinas, como un reconocimiento del primero por parte del segundo; en esta línea de pensamiento, y como hemos visto, algunas doctrinas han atribuido una dimensión meramente técnica a dicho reconocimiento; otros han propuesto la idea de que existiría, por parte del ordenamiento estatal, una suerte

²¹⁶ Ibid. Pág. 134.

²¹⁷ Ibid. Págs. 138-139.

de juridificación de los efectos empíricos (en la creencia de que con ello se salvaría, por un lado, el origen negocial de los efectos prácticos queridos por las partes, y por otro, el origen necesariamente estatal de la calificación jurídica). Otras doctrinas, en fin, han recurrido a la idea – más publicística que civilista, a decir verdad – de una suerte de delegación, de una autorización al particular, por parte del ordenamiento estatal, para poder realizar negocios”²¹⁸.

Sin embargo, “nosotros no pensamos que se pueda recurrir a la idea de un reconocimiento (aunque sea meramente técnico), ni de una juridificación, ni de una autorización. Estos términos parecen aludir, en concreto, a una suerte de procedimiento de intervención (ex post o ex ante) sobre el negocio, por parte del ordenamiento estatal, de la cual habría que derivar, sea una “aprobación” que legitime, por decirlo así, el actuar negocial, sea una “denegación” que se plantee en sentido contrario. Sin embargo, la realidad es distinta. Entre el negocio y el ordenamiento estatal (o entre libertad y autoridad, como considera algún autor) tiene lugar, más bien, un encuentro entre sistemas con valores autónomos”²¹⁹.

“A nuestro modo de ver, por lo tanto, la compatibilidad del actuar negocial con los principios del ordenamiento estatal puede ser constata ex post; el actuar negocial, por decirlo así (y eventualmente), es “encontrado” en los hechos concretos, pero no deriva – como se afirma difundidamente en la doctrina – del reconocimiento de un control, ni mucho menos de una autorización”²²⁰.

²¹⁸ Ibid. Pág. 140.

²¹⁹ Ibid. Pág. 141.

²²⁰ Ibid. Págs. 142-143.

Entonces, lo que el autor quiere expresar es que existe una compatibilidad entre el sistema del negocio y el sistema del ordenamiento estatal, la cual es idónea por lo tanto, para operar, siempre que pueda ser constatada en los hechos y a partir de los hechos. Y no asume ninguna importancia el hecho de que tal compatibilidad haya tenido lugar de manera totalmente involuntaria, o que haya sido querida, específicamente, por los autores del negocio, movidos por la intención de diseñar su concreta regulación de sus intereses conforme a los modelos establecidos por el ordenamiento estatal (y de ceñirlo, tal vez, a estos modelos), en atención a aquella protección mayor y a aquella estabilidad más intensa que pueden quedar aseguradas si la regulación es coherente con los esquemas normativos.

De todo esto que se ha dicho, el autor se anima a proponer una definición de negocio jurídico en los siguientes términos:

“(…) si en verdad es posible formular una hipótesis sobre el negocio jurídico, y proponer una definición del mismo, nosotros nos inclinaríamos por identificar el negocio jurídico como un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume “relevancia” positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento”²²¹

²²¹ Ibid. Pág. 154. Para una lectura resumida de la postura de Battista Ferri, sugerimos ver: BATTISTA FERRI, Giovanni. “El negocio jurídico”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 Estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 185 – 251. Para un enfoque más sucinto aún, pero no por ello menos interesante, ver: MORALES HERVIAS, Rómulo. “El pensamiento de Giovanni Battista Ferri. El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 65. Noviembre – Diciembre. 2005. Págs. 15-24.

6.7. Concepción programática del negocio jurídico.

Finalmente, debemos hacer alusión a la teoría programática de Angelo Falzea, para quien el negocio jurídico es un acto programático: “Programación o actuación son fenómenos complementarios respecto al interés jurídico, al cual ambas se refieren. Pero, mientras la actuación es siempre jurídicamente relevante – salvo las modalidades con las cuales pueda darse relevancia – no siempre lo es la programación. Para que lo sea es necesario el concurso de al menos tres condiciones: que subsista, ante todo, un tiempo de la programación distinto del tiempo de la realización; que la programación se haga objetivamente evidente mediante un acto distinto de aquel de la relación; que el derecho discipline y regula distintamente el acto de la programación respecto al acto de la realización. Cuando se verifican todas las condiciones se esta certeramente en presencia de un acto programático; cuando esta presente solo alguna de ellas se recurre al fenómeno del acto real”.²²²

Dentro de la concepción programática se postula diferenciar los conceptos de autorregulación de intereses y de autonomía privada. En ese sentido, se manifiesta que ambos conceptos no pueden confundirse, puesto que los mismos operan sobre planos distintos.

Por un lado, cuando se habla de **autorregulación de intereses**, se hace alusión a un “fenómeno practico de la vida humana y social, el reglamento de intereses es entendido como proceso de activación de las exigencias del hombre, articulado en dos momentos fundamentales, de la **determinación de los intereses** para lograr

²²² FALZEA, Angelo. “L’Atto Negoziale Nel Sistema dei Comportamenti Giuridici”. En “Rivista di Diritto Civile”, Año XLII, 1996, pp. 34-35.

su realización y de la **determinación de los medios y modos para realizarlos**²²³ (el énfasis es nuestro)

De esta forma, la autorregulación de intereses se estructuraría en dos momentos; un primer momento dirigido a la determinación del interés a satisfacer; y un segundo momento dirigido a la determinación de los medios, mediante los cuales los sujetos llevaran a cabo un determinado programa a fin de satisfacer el interés predeterminado.

Siguiendo dicho lineamiento, se ha manifestado que “esta necesidad objetiva, de integración y predeterminación ulterior de los intereses, demuestra que en toda iniciativa programática y comercial esta presenta una tarea preliminar centralizada sobre la fijación de la situación de interés a cuya realización la iniciativa esta determinada. En cuanto preliminar, la determinación del interés entra en el contexto del acto programático colocándose en un lugar que precede la disposición realizativa, en el cual son indicados los medios y modos para la realización del interés”²²⁴.

En cuanto a las reglas o medios para la realización del interés, estas se identifican con las reglas descritas por los particulares para satisfacer el interés predeterminado, por ejemplo: las cláusulas contractuales, las disposiciones testamentarias; las cuales tienen el rasgo de ser reglas destinadas a operar en el futuro. En ese sentido, se afirma que “en el acto programático las solas reglas de

²²³ FALZEA, Angelo. “El Negocio Jurídico y Autonomía Individual”: Trad. Rómulo Morales Hervías en “Revista Jurídica del Perú”. Tomo 82, Diciembre 2007. Lima: Gaceta Jurídica, Pág. 262.

²²⁴ FALZEA, Angelo. El Negocio Jurídico y Autonomía Individual. Op. Cit. Pág. 262.

las cuales se programa para el futuro la actuación, son las reglas de la realización del interés ya determinado”²²⁵.

La autonomía individual, en cambio, opera posteriormente al acto de autorregulación de intereses. Esto es, opera después de la determinación del interés a satisfacer y de la realización de las reglas de acción para satisfacer el interés determinado. En ese sentido, según el citado enfoque, la autonomía individual es concebida como el poder de los privados consistente en actuar y realizar la regulación de intereses realizada. Así, se manifiesta que “en el acto programático, la autonomía jurídica individual se especifica, por el contrario, en el poder de formular y evidenciar, incluso antes de actuarlo, el programa de realización del interés, para la asistencia del derecho, mientras salvaguarda los sistemas, interindividual y común, de los intereses en confrontación”²²⁶.

En virtud de lo señalado, se concibe a la autonomía privada como un poder que se concretiza con posterioridad a la autorregulación de intereses operada, a fin de lograr la satisfacción de los intereses predeterminados.

De este modo, para la teoría programática, la autonomía privada o autonomía individual es un concepto distinto al de autorregulación de intereses, operando ambos sobre planos de actuación diversos; esta última se configura en dos momentos; primero, en la determinación del interés a satisfacer; y segundo, en la determinación de las reglas de acción para la realización y satisfacción del interés predeterminado.

²²⁵ Ibid. Pág. 263.

²²⁶ Ibid. Pág. 266.

7. Importancia del correcto estudio y entendimiento de la teoría negocial

Todas las teorías desarrolladas en las páginas precedentes han buscado descifrar al negocio jurídico, conscientes de la importancia que éste representa en la doctrina civil y en el pensamiento jurídico de los sistemas adscritos a la familia romano germánica.

Como bien se ha dicho, no debemos confundir la utilidad del negocio jurídico con la concepción unitaria del negocio jurídico en nuestro Código Civil. Y es que por más que unitaria y legislativamente no exista el negocio jurídico en nuestro Código – como ya se indicó en la primera parte del presente capítulo –, no por ello se puede desconocer la utilidad que aquél representa, en cuanto permite “individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la autonomía negocial, es decir los actos con que se ejercita aquella especial libertad de los privados de regular por sí mismos sus propios intereses y reconocer una cierta homogeneidad de problemas en el campo de los actos de autonomía, y aprovechar la interpretación sistemática y la analogía para resolverlos”²²⁷

Un dato más para que no queden dudas de la importancia que aún tiene el estudio del negocio jurídico, son las palabras de Rodolfo Sacco:

“Las nociones de hecho, acto, negocio, brindan al jurista aquellos servicios que pueden ofrecer, como máxima, las categorías ordenantes. Son vehículos

²²⁷ Paolo ZATTI y Vittorio COLUSI. Lineamenti di diritto privato. Nona edizione. Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A. Padova. 2003. Pág. 18, cita de MORALES HERVIAS, Rómulo. “Negocio jurídico y tutela jurídica sustancial”. En: Revista de Derecho. Universidad de Piura. Volumen 5. Año 2004. Pág. 98.

adecuados para traer a la conciencia del jurista problemas complejos, que de otra manera se abandonarían a la praxis (...). En el siglo XXI no ha muerto, sino que se reaviva la conciencia de que el pensamiento tiene la necesidad de filtrarse por medio de categorías ordenantes y generales. La variedad de las reglas no reniega de la generalidad ni de la homogeneidad de apropiados instrumentos del pensamiento (las ideas, las nociones, los conceptos, las definiciones) ni de apropiados instrumentos de comunicación (las palabras). (...) La noción general no es un instrumento para quien debe formular la regla del derecho civil. Pero la noción general es el instrumento para quien quiera plantearse los problemas del derecho civil”²²⁸

Sin embargo – y como ya se indicó –, hoy en día, la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual en adhesión a las exigencias de segura, rápida y amplia circulación de la riqueza, nos lleva a darle prevalencia a la figura del contrato, en cuanto es la institución negocial que más compatibiliza con la necesidad de tutela del tráfico jurídico y la confianza depositada en los pactos; exigencias ambas de un mundo globalizado como en el que nos encontramos.

8. ¿Cuál es la teoría que permite una cabal comprensión del contrato en nuestro Código Civil?

Como una primera conclusión de todo el excursus histórico que se ha hecho respecto de las distintas teorías negociales (contractuales), consideramos que, de conformidad con el desarrollo doctrinario realizado en este ámbito así como la

²²⁸ SACCO, Rodolfo. Il fatto, atto, il negozio”, En: Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. UTET Giuridica.Turín. 2006. Pág. 1. Citado por LEON HILARIO. “El negocio jurídico según Rodolfo Sacco. Ideas de un maestro italiano”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LV. Nº 65. Noviembre – Diciembre. 2005.

actual coyuntura económica social y cultural en la que nos encontramos, es posible sostener la prevalencia de la teoría programática en nuestro país.

En efecto – y conforme ya se detalló - según la teoría programática el contrato no es más que un acto programático con contenido patrimonial. La programación implica que se ha predispuesto comportamientos de futura realización para dos o más partes. Esta conceptualización no pone hincapié en el cómo se forma el acto (que podría ser mediante la negociación y posterior acuerdo, mediante la oferta y aceptación de propuestas entre ausentes, mediante la adhesión, mediante los supuestos de ejecución – aceptación, oferta – ejecución, ejecución – ejecución, mediante la adhesión electrónica, mediante conducta social típica o actos concluyentes, etc.), sino en qué es el acto (el contenido), que no es sino un programa contractual.

Para que ese acto sea perfeccionado se necesita la intervención de más de una persona, siendo el caso que esta intervención es de la más variada manera (otra vez, mediante adhesión, negociación, ejecución inmediata, etc.).

En ese sentido, una noción global de contrato sólo puede enmarcarse en el concepto de programa contractual como especie del programa negocial. Así, “el negocio jurídico, no estando en grado de realizar los intereses jurídicos sino sólo de evidenciarlos y de proyectar su realización, encuentra su segura colocación entre los actos programáticos, cuya característica está, exactamente en la predisposición de los modos y los medios de realización del interés”²²⁹.

²²⁹ FALZEA, Angelo. El Negocio Jurídico y Autonomía Individual”. Op. Cit. Pág. 267.

El punto de partida para elaborar esta noción de contrato es el interés. En torno a éste gira toda la elaboración del programa contractual, constituyendo el primer elemento lógico del mismo. Así, “el negocio jurídico es la operación resultante de la confluencia de tres distintos pero concurrentes elementos: un interés de relevancia inactuosa, un programa práctico de acciones dirigidas a su realización, una situación final representada de correspondientes efectos dirigidos a procurar la actuación jurídica del interés. Allá donde, los primeros dos elementos integran el momento sustancial del fenómeno y el tercero es necesario e ineliminable momento formal. En esta síntesis debe hacerse consistir la esencia de la figura²³⁰ contractual.

Habiendo dejado en claro cuál es la teoría, que a nuestro modo de ver, resulta la más adecuada para englobar de forma general a la figura del contrato, corresponde analizar otro de los “puntos de partida de la presente investigación: la invalidez negocial (contractual)

²³⁰ SCALISI, Vincenzo. “La teoria del negozio giuridico a cennti anni del BGB. En: Rivista di Diritto Civile. Nº 5. Anno XLIV. Padova. 1993. Pág. 570.

CAPITULO III:

LA INVALIDEZ COMO REMEDIO NEGOCIAL (CONTRACTUAL)

1. La ineficacia negocial como categoría general

Los negocios jurídicos están sometidos a un proceso de calificación y valoración por parte del Ordenamiento Jurídico. En efecto, para los negocios jurídicos se plantean típicamente no sólo problemas de relevancia o irrelevancia, sino también, con caracteres autónomos frente a los primeros, problemas relativos a los fenómenos (conceptualmente distintos) de validez e invalidez, como también de eficacia-ineficacia.

Como ya se indicó en el capítulo anterior, los contratos son actos programáticos vinculantes de “privada reglamentación de intereses”²³¹, que en cuanto tales representan un ámbito de libertad para los particulares; ámbito de libertad que asumirá relevancia positiva para el ordenamiento jurídico estatal, cuando los

²³¹ BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs. 130; BATTISTA FERRI, Giovanni. “El negocio jurídico”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 Estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. Págs. 185 – 251; MORALES HERVIAS, Rómulo. “El pensamiento de Giovanni Battista Ferri. El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 65. Noviembre – Diciembre. 2005. Págs. 15-24.

valores del cual aquél portador, son compatibles con los valores expresados por éste.

Estos actos vinculantes son realizados por los particulares con el fin de alcanzar un determinado resultado práctico tutelado por el Ordenamiento Jurídico; resultado práctico que en cuanto amparado por el sistema jurídico, se convierte en resultado jurídico conformado por determinados efectos jurídicos. Esto significa que todos los negocios jurídicos cuando son celebrados conforme a ley, producen como consecuencia lógico necesaria efectos jurídicos. Dicho de otro modo, los negocios jurídicos son fuente de efectos jurídicos y son celebrados a fin que sean productores de los mismos²³².

Sucede sin embargo, que en muchos supuestos los negocios jurídicos no producen *ab origine* e inmediatamente los efectos jurídicos previstos por las partes al momento de celebrar el negocio o dejan de producir los efectos jurídicos que se venían produciendo. En estos casos nos encontramos frente a supuestos de ineficacia negocial.

De esta forma, en un sentido amplio, el negocio jurídico siempre puede ser calificado de eficaz o ineficaz, atendiendo a **la posibilidad de desplegar los efectos correspondientes a su tipo**. Eficaz es, por ello, el negocio que produce normalmente sus efectos de vinculación subjetiva e ineficaz será aquel al que

²³² Sobre el hecho de que los negocios jurídicos sean fuente de efectos jurídicos, SAVIGNY sostuvo que la diferencia entre la ley y los negocios jurídicos es que aquella es fuente de efectos jurídicos, en cambio el negocio es fuente de relaciones jurídicas. SAVIGNY. Sistema de Derecho Romano Actual. Citado en: MORALES HERVIAS, Rómulo. "Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico". En: <http://dike.pucp.edu.pe>.

cualquier obstáculo o defecto impida que despliegue **sus naturales consecuencias efectuales**²³³ (el énfasis es nuestro).

En el mismo sentido, doctrina italiana sostiene que “la noción de eficacia, entendida en su sentido más amplio o comprensivo, agrupa todos los casos en los cuales el contrato no produce los efectos que le son propios. En tal sentido, no se puede identificar la ineficacia con la falta de efectos: el contrato ineficaz, si bien no produce los efectos que le son propios, puede producir otros”^{234 235}

Siguiendo con esta orientación, la ineficacia del negocio jurídico viene a ser “la calificación negativa por parte del ordenamiento jurídico respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses no merecedores de tutela (...) El negocio jurídico no produce efectos jurídicos propios por dos situaciones: la primera concierne a la confrontación entre la norma jurídica que establece el tipo de negocio, y por eso todos los elementos que conciernen a su estructura, y el supuesto de hecho concreto colocado por las partes; la segunda es la confrontación entre la norma o las normas que determinan los efectos del tipo de

²³³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Editorial Civitas. Madrid. 1985. Pág. 462.

²³⁴ CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte Generale. Seconda edizione. Giappichelli Editore. Torino. Pág. 253. Esta aclaración del autor, en el sentido de que los negocios jurídicos ineficaces pueden producir otro tipo de efectos distintos a los efectos típicos, será de fundamental importancia al momento de analizar la producción de efectos jurídicos por parte de los negocios nulos.

²³⁵ En este mismo sentido, define la eficacia con relación exclusiva a los efectos típicos: FALZEA, Angelo. La condizione e gli elementi dell'atto giuridico. Pág. 40; PALACIOS MARTINEZ, Eric. La nulidad del negocio jurídico. En: <http://dike.pucp.edu.pe>; para quien “un negocio es ineficaz, en una manera amplia de valorar la ineficacia, cuando los efectos concordados a su tipo no se verifican”. Por su parte, FEDELE (L'inefficacia del contratto) considera ineficaz también el contrato que produce efectos que pueden ser eliminados, no obstante, siguiendo la posición de CATAUDELLA, somos de la opinión que “a un contrato que produce efectos (incluso eliminables) no le corresponde la cualidad de ineficaz: aquél será, eventualmente, eficaz al inicio e ineficaz luego, desde el momento en el cual acaezca la situación que lo priva de efectos” (CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Op. Cit. Pág. 254)

negocio hipotético y la idoneidad del supuesto de hecho concreto para poder ser atribuido por esos efectos. Si una vez completada la primera confrontación, se alcanza el resultado que no integra todos los elementos requeridos por la norma que describe el modelo legal, nos encontramos en presencia de un fenómeno patológico que concierne a la estructura interna del negocio, sus elementos orgánicos. Consecuencia ineliminable de tal estado patológico es que semejante negocio no puede producir algún efecto, de suerte que la patología estructural repercute sobre la funcionalidad del negocio mismo, y la segunda confrontación será directamente superflua, debiendo ser el resultado necesariamente negativo”²³⁶

De lo señalado hasta este punto, podemos concluir, en primer lugar, que el negocio jurídico ineficaz no es aquél que no produce efectos, sino aquél que no produce los efectos típicos o efectos que son propios de su estructura negocial, pudiendo, en cambio, producir otro tipo de efectos, que comúnmente son denominados efectos indirectos²³⁷.

En segundo lugar, concluimos que existen dos situaciones por las cuales determinado negocio jurídico puede no producir efectos jurídicos. La primera concierne a un vicio en la estructura del negocio, y la segunda se manifiesta en un aspecto funcional o ajeno a algún defecto estructural. Por ende, **existen dos tipos de ineficacia negocial**: la ineficacia inicial u originaria, denominada también ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural o invalidez (en adelante,

²³⁶ FERRARI, Sigfrido. “Inesistenza e Nulità del Negoziò Giuridico”. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffrè Editore. Milano. Anno XII. 1958. P. 514.

²³⁷ Al respecto ver la cuantiosa doctrina española que se pronuncia en tales términos.

“invalidez”) y la ineficacia sobreviniente o funcional, denominada también ineficacia por causa extrínseca²³⁸ (en adelante, “ineficacia en sentido estricto”)²³⁹

Para decirlo en términos más claros, la ineficacia en sentido lato o amplio, es sencillamente el hecho de que el negocio no produzca los efectos que en circunstancias normales provoca el tipo de negocio de que se trate (invalidez o ineficacia estructural); o, que dichos efectos estén llamados a decaer en un momento posterior (ineficacia en sentido estricto)²⁴⁰.

De esta forma, “el concepto de invalidez se pone bien pronto en relación con el concepto más amplio de ineficacia, como situación jurídica distinta de aquella (...) En el primer caso, se considera que la nulidad depende de la defectuosa formación del mismo, lo que la doctrina italiana denomina “imperfezione della fattispecie”. En el segundo, de su falta de trascendencia en relación con las consecuencias jurídicas”²⁴¹. De modo que, “la teoría de la nulidad, que se

²³⁸ TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. 1º edición. Editorial Grijley. Lima, 2002, Pág. 298.

²³⁹ “En el ámbito de la ineficacia, entendida en su acepción lata, se suele distinguir, teniendo en cuenta las circunstancias que la determinan, entre invalidez e ineficacia en sentido estricto: CATAUDELLLO, Antoninio. I contratti. Op. Cit. Pág. 256.

²⁴⁰ CLAVERIA GOSALBEZ, Luis La confirmación del contrato anulable. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1977. Pág. 23; en igual dirección toda la doctrina italiana entre los que destacan: SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983. p. 297; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág. 294; BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Págs. 347 y ss.; CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio jurídico. Ediciones Aguilar. Madrid. 1956. Págs. 331 y ss. Entre los alemanes ver por todos LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Editorial. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1949. Vol. I. Parte General. Pág. 244; OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Editorial Labor. Barcelona. 1933. Pág. 278 y ss.

²⁴¹ DE LOS MOZOS, José Luis. El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1987. Pág. 560.

transforma primero en la de las nulidades, o de la invalidez de los actos jurídicos, acaba por convertirse en una teoría general de la ineficacia, reconstruyéndose en relación con ella la mayor parte de los conceptos singulares (desde la nulidad a la mera inoponibilidad, por ejemplo)²⁴².

En el mismo sentido, se ha dicho con acierto que el concepto de ineficacia es más amplio que el de invalidez, aunque la invalidez comprende una zona de tal extensión. De esta forma, “la ineficacia aparece como un término que tiene dos significados técnicos distintos: uno amplísimo y más rigurosamente literario, el cual abraza todos los casos en que un negocio no logra sus efectos y comprende también la invalidez; el otro, más restringido y que quiere designar, al menos coherentemente con su origen, aquellos casos de ineficacia que no derivan de invalidez”²⁴³ (ineficacia en sentido estricto).

Habiendo diferenciado a la invalidez de la ineficacia en sentido estricto, no debemos obviar que aquélla precede a ésta. En efecto, la invalidez o ineficacia estructural, entendida como la inidoneidad del reglamento para la atribución de sus efectos típicos y fundamentales, es una situación que necesariamente precede a la ineficacia en sentido estricto, como falta de poner a disposición de tales efectos por parte del orden jurídico. En cuanto tal, aquella (la invalidez)

²⁴² PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Bosch. Barcelona. 1954. Págs. 293.

²⁴³ FINZI. Studi sulla nullità del negozio giuridico. Bologna. 1920. Págs. 66-67; Citado por DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 561.

queda siempre claramente distinguida de esta última (ineficacia en sentido estricto), así como cada causa no se presta a ser confundida con su efecto.²⁴⁴

Un ejemplo que corrobora lo señalado líneas arriba (esto es, la independencia entre invalidez e ineficacia en sentido estricto), es el de la eficacia del acto inválido. Precisamente, podemos hacer referencia a los efectos indirectos del negocio nulo, así como también a la eficacia consiguiente a la conversión de dicho negocio jurídico, donde el tratamiento es dependiente de preestablecidas y específicas razones prácticas o de valor normativo. Lo mismo sucede con las diversas hipótesis de efectos jurídicos consiguientes a negocios afectados por nulidad o anulabilidad, y convertidos estables y definitivos por falta de impugnación por partes de los que tienen derecho a accionar judicialmente solicitando la anulación de los mismos.

Por otro lado, así como es posible encontrar negocios jurídicos inválidos pero eficaces, también podemos encontrar negocios válidos pero ineficaces. Piénsese por ejemplo en los negocios jurídicos sometidos a algún tipo de modalidad²⁴⁵, ya

²⁴⁴ En efecto, el negocio jurídico en su aspecto fisiológico, tiene dos momentos: el de validez, en el cual se estudia su estructura, y el de eficacia, en el que se estudia los efectos jurídicos del mismo. Al respecto, doctrina nacional sostiene que “la estructura negocial está conformada por el complejo de las relaciones entre los elementos y los requisitos, la cual está conceptualizada en una situación estática. Por lo demás, este aspecto negocial es parte de un proceso jurídico unitario en donde existe una estrecha relación y unión sucesiva”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. En: Revista del Foro. Año LXXXVI, N° 1, 1998, p. 43.

²⁴⁵ Cuando se habla del plazo, la condición y el cargo (modo), resulta erróneo denominarlos “elementos accidentales”, término tan empleado en la doctrina nacional, por influencia de la doctrina española y cierto sector de la doctrina italiana. Y decimos que es erróneo porque estos “elementos accidentales”, una vez incluidos dentro del programa negocial se convierten en elementos esenciales que condicionan la eficacia del negocio celebrado. En efecto, al suspender o cesar la eficacia del negocio jurídico, dichos elementos se convierten en elementos imprescindibles dentro de la estructura negocial, a fin de que la misma pueda operar en la realidad jurídica; en ese sentido, dichos elementos no pueden entenderse accidentales. Al respecto se puede ver:

sea condición o plazo; casos en los cuales nos encontramos frente a negocios jurídicos válidos (estructuralmente impecables, sin vicio alguno) que no producen efectos por un hecho ajeno a su estructura, mas bien que corresponde a la intención de las partes de protegerse frente al riesgo contractual²⁴⁶.

Semejantes hipótesis - en las cuales el fundamento del reglamento o programa negocial es un interés negocial relevante – demuestran la plena autonomía tanto conceptual como positiva de la invalidez respecto a la ineficacia; autonomía que por ende no puede ponerse en duda ni siquiera donde la total falta de efectos o la producción de efectos temporales y precarios aparece contextual al mismo momento en el cual tiene existencia el negocio inválido²⁴⁷.

TABOADA CORDOVA, LIZARDO. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato". 1º Edición. Editorial Grijley. Lima. 2002. Págs. 310-316; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 55; PRETELLI, Gaetano. "La Condizione elemento essenziale del Negczio Giuridico: teoria generale e profili applicativi". Milano: Giuffrè Editore. 2000. Págs. 19-43. Para una visión del instituto de la condición en el derecho romano y en el derecho intermedio, ver al respecto las voces de: ARCHI, GIAN GUALBERTO. "Condizione" (Dir. Roman.) Enciclopedia del Diritto. Págs. 743-758; MAFFEI, DOMENICO. "Condizione" (Dir. Interm.) Enciclopedia del Diritto. Págs. 759- 762. Por ello, antes que hablar de elementos accidentales, preferimos hacer alusión a las modalidades del negocio jurídico.

²⁴⁶ Con acierto se ha dicho que "la condición vendría a constituir un utilísimo instrumento a disposición de la autonomía privada para la reglamentación del riesgo contractual": PETRELLI, Gaetano. Op. cit. Pág. 8; en sede nacional, en el mismo sentido se pronuncia CASTRO TRIGOSO: "(...) no parece que pueda dudarse de que el mecanismo condicional es un eficaz instrumento para que las partes contrarresten la posibilidad de que ciertas circunstancias anómalas, pero siempre posibles, impidan que el contrato pueda cumplir con los objetivos que ellos han programado, postergando la eficacia contractual para un momento ulterior, idóneo para que sus intereses sean realizados (que es lo que acontece cuando prevén una condición suspensiva), o determinando la cesación de los efectos derivados del contrato cuando las circunstancias ideales para dicha realización vengán a menos (que es lo que sucede cuando establecen una condición resolutoria). De ahí que se haya sostenido que "la incertidumbre del hecho es lo que da sentido al mecanismo condicional. Este sirve para proteger a las partes contra un riesgo y el riesgo implica incertidumbre": CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "¿Es nula toda condición potestativa?". En: Actualidad Jurídica. Tomo 154. Setiembre. 2006.

²⁴⁷ "Validez y eficacia, por consiguiente, no se corresponden. La eficacia implica la "validez", pero la "validez" no siempre es razón suficiente para la "eficacia": BARBERO, Doménico. Sistema de

Hecha esta breve aclaración en lo referente a la ineficacia como categoría general, y la autonomía que existe entre las figuras de la invalidez e ineficacia (funcional), corresponde ahora llevar a cabo un desarrollo más profundo sobre la invalidez del negocio jurídico, para luego llegar al análisis de la nulidad negocial, punto central de la presente investigación.

2. La invalidez del contrato

Se afirma, por una parte de la doctrina, que mientras la invalidez depende de vicios intrínsecos del contrato, la ineficacia en sentido estricto (funcional) depende de impedimentos extrínsecos²⁴⁸.

Sin embargo, la distinción así propuesta no resulta fundada, porque se basa sobre aspectos que no son necesariamente propios ni de la invalidez (la cual se presenta también con relación a factores extrínsecos al contrato, como son los sujetos y el objeto²⁴⁹) ni de la ineficacia en sentido estricto, que puede encontrar

Derecho Privado. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Pág. 631.

²⁴⁸ Cfr. TONDO. Voce Invalidità e ineficacia del negozio giuridico. In Novísimo Digesto. VIII. Torino. 1965. Pág. 995, quien tiende a dar una noción amplia del vicio intrínseco, entendiendo por éste "cada defecto atinente a los presupuestos esenciales a la génesis o al contenido preceptivo del negocio mismo".

²⁴⁹ No debe olvidarse que los sujetos y el objeto del negocio jurídico, no son elementos del mismo, sino presupuestos, puntos de referencia, que existen más allá de la estructura negocial (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. "Derecho Civil". Tomo I, VOL.2. "Hechos y actos jurídicos". Trad. Fernando Hinestrosa. Colombia: universidad externado de Colombia, 1992, Pág. 685). En relación al sujeto, el negocio jurídico es inválido cuando aquél es absolutamente incapaz (artículo 219 inciso 2 CC); y con relación al objeto, el negocio es inválido cuando aquél resulta física o jurídicamente imposible (artículo 219 inciso 3 CC).

fundamento en circunstancias que inciden sobre elementos del contrato. Así por ejemplo la ineficacia consecuente al pactarse la condición o plazo suspensivos, dado que estos, una vez insertos en el contenido contractual, pasan a formar parte de éste²⁵⁰.

Esta interesante aclaración nos lleva a concluir dos cosas fundamentales sobre la invalidez:

En primer lugar, la invalidez tiene que ver no tanto con los vicios presentes en los elementos del negocio, sino mas bien con vicios presentes en su estructura²⁵¹, la cual incluye, además de los elementos, a los presupuestos y requisitos.

²⁵⁰ CATAUDELLA, Op. Cit. Pág. 357. Una muestra de que la condición y el plazo forman parte de la estructura del negocio jurídico, en tanto hayan sido incorporados por las partes al programa negocial, lo encontramos en el artículo 171 CC, según el cual cuando la condición suspensiva es ilícita o imposible (física o jurídicamente), el negocio jurídico se invalida en su totalidad. Si la condición no fuera parte de la estructura del negocio jurídico, entonces no habría forma de que su ilicitud o imposibilidad invaliden o vicien al negocio jurídico de forma integral. Por ello, el mismo CC nos lleva a la conclusión de que la condición, al igual que el plazo, son elementos integrantes de la estructura negocial. Sobre el particular se puede ver: PALACIOS MARTINEZ, Eric. La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica. Jurista Editores. Lima. 2002. Págs. 155-158.

²⁵¹ Se entiende por estructura algún conjunto o grupo de elementos relacionados entre sí según ciertas reglas, o algún conjunto o grupo de elementos funcionalmente correlacionados (FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Tercera Edición en "Alianza Diccionarios" Alianza Editorial SA Madrid, 1981. Volumen II, p. 1042. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, p. 650. Por su parte, Gete-Alonso y Calera define a la estructura como "la composición interna (elementos y requisitos en función de los cuales, el ordenamiento jurídico establece una determinada regulación jurídica) del contrato" (GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Estructura y Función del Tipo Contractual. Bosh, Casa Editorial. SA, Barcelona, 1979. p.p. 708-710); Betti, por su parte, vinculó el término estructura a la noción del negocio jurídico: la forma (declaración y comportamiento) y el contenido (supuesto de hecho que contiene el precepto de autonomía privada) configuran la estructura del negocio jurídico: BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho Español por A Martín Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, s/f, p. 52, pp 97-98.

De esta forma, la estructura negocial está conformada por el complejo de las relaciones entre los presupuestos, elementos y requisitos, y la claridad sobre el significado de este aspecto estructural del negocio jurídico es un presupuesto primordial para definir la invalidez. Por ello, la ineficacia que tiene raíz en "hechos inherentes a la estructura del negocio" supone una condición de "invalidez" en el negocio mismo²⁵²

En consecuencia, decir que el negocio jurídico inválido es aquel que presenta vicios en sus elementos, es limitar la figura de la invalidez, la cual también se presenta ante vicios en los presupuestos y requisitos del negocio.

En segundo lugar, la ineficacia en sentido estricto (ineficacia funcional) no depende del hecho de si ella proviene o no de un elemento del negocio jurídico²⁵³, sino del hecho de si tal elemento presenta algún vicio.

²⁵² BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. Pág. 1967. Pág. 632.

²⁵³ En este error incurre BARBERO cuando sostiene que "las causas de ineficacia de los negocios jurídicos pueden ser las más variadas, pero sistemáticamente se las puede reducir a dos grupos: hechos extraños a la estructura del negocio, y hechos inherentes a ella. Hechos extraños a la estructura del negocio son todos aquellos en los cuales viene a concretarse la falta de un requisito de eficacia, los cuales vienen a ser la condición, el presupuesto, la presuposición y el término" (BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Pág. 632. Esto, como veremos más adelante, es un error, por cuanto tanto la condición como el plazo, en tanto sean incorporados por los particulares dentro del esquema negocial, pasan a formar parte de la estructura del negocio jurídico; por lo tanto, no es que la ineficacia derivada de la condición y el término (plazo) sea producto de un hecho extraño a la estructura negocial, sino todo lo contrario, en este caso la ineficacia funcional (ineficacia en sentido estricto) deriva de un hecho inherente a tal estructura. Por ello, es erróneo diferenciar invalidez de ineficacia en sentido estricto, alegando que la primera depende de elementos inherentes a la estructura del negocio jurídico mientras que la segunda a elementos extrínsecos.

Nos explicamos: un negocio jurídico sometido a condición suspensiva (siempre que ésta no sea ilícita ni imposible física o jurídicamente) es un negocio válido pero ineficaz. Como ya señalamos, la condición, una vez pactada por las partes, pasa a ser un elemento del negocio jurídico, igual de relevante que el resto de elementos. En este caso, la ineficacia del negocio deriva de un elemento del negocio, de un impedimento intrínseco a la estructura negocial, pero no por ello estamos frente a un negocio inválido.

Esto significa que el hecho de que la causal de ineficacia sea intrínseca a la estructura del negocio (condición suspensiva por ejemplo), no es determinante a efectos de establecer si nos encontramos frente a un negocio inválido o ineficaz en sentido estricto. Más bien, lo determinante (a efectos de diferenciar invalidez de ineficacia funcional), **será el vicio o defecto estructural que presente el negocio jurídico.**

Por ello, la ineficacia en sentido estricto podrá depender tanto de elementos intrínsecos a la estructura negocial (condición o plazo suspensivo) como extrínsecos (resolución del contrato por incumplimiento de alguna de las partes o el desistimiento de alguna de ellas). Por su parte, la invalidez del negocio dependerá de elementos intrínsecos a la estructura negocial, siempre que estos presentan algún vicio o defecto.

La gran dificultad que existe al momento de definir en términos claros a la invalidez, ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que aquélla constituye

una mera síntesis verbal, indicativa o comprensiva de varias formas de patología jurídica del contrato; esto es, la nulidad y anulabilidad²⁵⁴.

Pero más allá de las distintas posturas sobre la materia, desde nuestro punto de vista la invalidez se presenta cuando el negocio jurídico **se ha formado de manera viciosa**, con la ausencia o defecto de algún elemento (manifestación de voluntad y causa²⁵⁵), presupuesto (sujeto y objeto) o requisito (posibilidad física y jurídica del objeto, capacidad del agente, licitud de la causa y observancia de la forma solemne) previsto en el tipo del negocio y en las normas jurídicas que lo regulan^{256 257}. O lo que es lo mismo, el negocio jurídico será inválido cuando no reúna los requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico²⁵⁸.

²⁵⁴ RUSCICA, Serafino. "Il contratto: invalidità e nullità". En: <http://www.altalex.com>; para quien, como consecuencia de esta dificultad, lo adecuado es definir a la invalidez como "el resultado de una valoración negativa: aquella es, por tanto, siempre una cualidad atribuida por el sistema jurídico". En el mismo sentido FALZEA, para quien "el juicio en términos de validez – invalidez indica la cualidad de un hecho de la vida y la atribución o negación de efectos jurídicos al mismo. O en términos más simples, **la invalidez es el resultado de una valoración negativa**: aquella es, por tanto, siempre una cualidad atribuida por el sistema jurídico: FALZEA, Angelo. Voce "Efficacia Giuridica". En: Enciclopedia del Diritto. XIV. Giuffrè. Milano. Pág. 475.

²⁵⁵ La condición, el plazo y el cargo, sólo serán elementos estructurales del negocio jurídico cuando hayan sido incluidos por las partes en el programa negocial. A diferencia de los otros dos elementos (manifestación de voluntad y causa), se puede prescindir de aquellos sin que ello afecte o vicie al negocio jurídico en su conjunto. Precisamente en ello radica lo particular de las modalidades del negocio jurídico: se trata de figuras que responden a la exclusiva voluntad de las partes, en cuanto mecanismos que permiten una mejor y cabal regulación de intereses de los particulares. Sobre el particular recomendamos ver: SACCO, Rodolfo. "La condizione". En: Trattato di diritto privato, dirigido por Pietro Rescigno. Tomo X. Vol. II. UTET. Turín, 1982.

²⁵⁶ TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. "Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato". 1º ed. Lima: Grijley, 2002, Pág. 300. No obstante, esta forma de entender a la nulidad no ha estado exenta de críticas. Al respecto, se ha señalado que "la intención de encontrar el fundamento de la invalidez en la falta o en el defecto de un requisito intrínseco del esquema negocial, ha tropezado contra la dificultad de distinguir requisitos constitutivos esenciales y requisitos no constitutivos o no esenciales; mayor fortuna ha tenido la tentativa de trazar un criterio fundado en los efectos, puesto que, en efecto, de la invalidez deriva o puede derivar la ineficacia – o una eficacia precaria que es también ineficacia en sentido potencial – en cambio de la ineficacia no puede necesariamente

Esta invalidez implica la no producción de los efectos típicos del negocio, y para entenderla a cabalidad, es fundamental indagar el cómo y el porqué el ordenamiento declara inválido un negocio jurídico.

El derecho como mecanismo eficaz de regulación de conducta humana intersubjetiva y conducta humana social, valora determinadas situaciones creadas por los particulares que ejecutan para diversas finalidades, las cuales pueden ser consideradas indiferentes, dignas de tutela, o repudiadas y sancionadas por el ordenamiento jurídico²⁵⁹. Dichas situaciones están, entonces, siendo constantemente calificadas y valoradas por el derecho, de allí que éste conceda

arribarse a la invalidez”: Tommasini. Invalidità. Enciclopedia del Diritto. XXII. Giuffrè Editore. Milano. 1972. Pág. 576.

²⁵⁷ Contra esta forma de conceptualizar a la invalidez, se pronuncia SCONAMIGLIO, alegando enfáticamente que es un error identificar a la invalidez con la ausencia o vicio de un elemento esencial o estructural. Para el citado autor, “la invalidez es contemplada contra los negocios disconformes con el derecho, con la finalidad de reprimirlos (...) Por lo tanto, la invalidez constituye una consecuencia negativa que las normas reguladoras del negocio disponen para el caso de su infracción (...) constituye una sanción contra la actividad negocial de los particulares”: SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 452-471.

²⁵⁸ “(...) negocio es inválido cuando no reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento”: DE LOZ MOZOS. Op. Cit. Pág. 561. En el mismo sentido, para CATAUDELLA, a efectos de diferenciar la invalidez de la ineficacia en sentido estricto, “se debe concluir que la noción de invalidez comprende sólo los casos normativamente previstos, mientras aquella de ineficacia en sentido estricto abraza todas las hipótesis, dispares, en las cuales la ineficacia no deriva de la invalidez del contrato” (CATAUDELLA, Op. Cit. Pág. 256)

²⁵⁹ BETTI, EMILIO. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Trad. Por Martín A. Pérez. Granada: editorial Comares, 2000 p. 12. “Pueden darse tres hipótesis. O el derecho a) se desinteresa del comportamiento en cuestión, el cual queda entonces como jurídicamente indiferente. O el derecho lo hace objeto de su valoración normativa, b) positiva o c) negativa. O sea en la apreciación que haga puede asumir una doble actitud, según que apruebe o rechace el comportamiento socialmente útil o dañoso, y en consecuencia se proponga favorecerlo o combatirlo. Más exactamente la valoración jurídica puede producirse, ya en el sentido b) de atribuir a un cierto comportamiento efectos jurídicos conforme a la voluntad que normalmente lo determina, o en el de c) señalarle con preceptos de carácter sancionatorio efectos jurídicos contrarios a tal voluntad. En una hipótesis, b) el comportamiento se califica de lícito, en la otra, c) de ilícito.

su tutela a diversas situaciones que considere necesarias para la viabilidad de la convivencia social; por ejemplo los negocios jurídicos, que obedeciendo a una determinada función²⁶⁰ logran tener la tutela pertinente del derecho, siendo recepcionados por él.

En este caso nos encontraremos frente a negocios jurídicos válidos. No obstante ello, puede darse el caso que dichos negocios jurídicos previstos por el ordenamiento jurídico, sean aprovechados de forma y para fines distintos a aquellos para los cuales son normalmente empleados. Si este es el supuesto, entonces dichos negocios jurídicos tendrán que ser calificados de modo distinto, al haber sido celebrados omitiendo los presupuestos o requisitos previstos por el Ordenamiento Jurídico o tergiversando los mismos²⁶¹.

²⁶⁰ Cuando hablamos de la función del negocio jurídico, nos referimos indudablemente a la causa de este, es decir al fundamento según el cual el negocio jurídico es tal. Acerca del problema de la causa del negocio jurídico se han suscitado arduos y acalorados debates, que van desde los causalistas franceses liderados por Jean Domat, confundiendo por cierto la causa de la obligación con la causa del negocio, llegando hasta los anticausalistas, liderados por Planiol, confundiendo la causa con el objeto del negocio y el consentimiento de las partes en un contrato, hasta los neocausalistas, quienes hicieron una mezcla de las aún incipientes teorías objetivas y subjetivas (Sobre el particular se puede ver: TABOADA CORDOVA, Lizardo. La teoría clásica de la causa. Tesis de Bachiller. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima. 1982; MORALES HERVIAS, Rómulo. "La causa del contrato en la dogmática jurídica". En: Estudios sobre Teoría general del Contrato. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 107-304). Posteriormente con los aportes de Vittorio Scialoja se comenzó a entender a la causa como la función económica social como fundamento de todo negocio jurídico: BETTI, EMILIO Op. Cit. Pág. 151-189; SCOGNAMIGLIO, RENATO. "Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico". Trad. Leysser León. Lima: Grijley, 2004. pp. 303, 331.). Actualmente, se maneja una concepción totalmente opuesta a la de Betti, en virtud de la cual se concibe a la causa como la función económica individual: FERRI, GIOVANNI BATISTA. Voz: "Negozio Giuridico", en Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, Vol. XV, UTET, Turín, 1995. Traducción de Leysser León en su: Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Lima: ARA editores, 2001. pp.223-234.

²⁶¹ Esto quiere decir que "la invalidez supone que el negocio sea valorado negativamente por el ordenamiento, de manera que este último no le presta a aquel la tutela que le otorgaría de ser valorado positivamente": ESCOBAR ROZAS, FREDDY. En "Código civil comentado por los cien mejores especialistas". Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2006. Pág. 914.

Esto quiere decir que “un negocio de la vida real puede no ser apto para desplegar al menos en forma duradera, todos los efectos que el derecho acompaña al tipo abstracto a aquel al cual pertenece. La calificación de inválido o ineficaz, que entonces se le adjudica, presupone, precisamente, un cotejo entre el negocio concreto que se considera y el tipo o género de negocio que éste pretende representar (...) el juicio negativo puede depender, tanto de las circunstancias de que los elementos constitutivos y los presupuestos concomitantes del negocio concreto no correspondan a los elementos esenciales y a los presupuestos necesarios del tipo legal”²⁶².

Vemos, por tanto, que la invalidez implica un juicio de disconformidad del ordenamiento jurídico con la celebración y formación del negocio dado²⁶³. No debemos olvidar que tanto el negocio válido como inválido son relevantes para el ordenamiento²⁶⁴ y cuentan con su valoración, que en el caso de los negocios

²⁶² BETTI, EMILIO. Teoría general del negocio jurídico. Op. Cit. Págs. 404 - 405.

²⁶³ SCOGNAMIGLIO, RENATO. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág.473: “(...) para aclarar aún más la concepción propuesta, debe precisarse que la invalidez constituye, ontológicamente, una calificación negativa del fenómeno negocial, tal y como se deduce del hecho de que comúnmente se hable de negocio inválido (ella, entonces, no puede ir separada de este). Por otro lado, y desde el punto de vista del fin, esta calificación constituye una sanción contra la actividad negocial de los particulares: una sanción que tiene como fin garantizar la observancia de las normas reguladoras, y que, por su conformación, cumple perfectamente dicha tarea”. En síntesis, “habiendo asumido que el ordenamiento jurídico confiere una fuerza peculiar al negocio, se comprende fácilmente por qué el mismo puede disponer de ésta, en el sentido de negarla o limitarla”.

²⁶⁴ Tomando como punto de partida a la relevancia de los negocios jurídicos válidos e inválidos, Rómulo Morales ve en esta característica un criterio distintivo entre el negocio jurídico inválido e inexistente. Según él, “podemos definir a la inexistencia como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio). También se puede aseverar que el negocio jurídico inexistente es el acto de autonomía privada irrelevante. MORALES HERVIAS, RÓMULO. “Estudios Sobre Teoría General del Negocio Jurídico”. 1ªed. Lima: ARA editores, 2002, pp. 235-271. Sobre la inexistencia y nulidad

inválidos es negativa y consiste hipotéticamente en la no producción absoluta de los efectos jurídicos **propios** del negocio (nulidad) o en la destrucción de los precarios efectos jurídicos que el negocio produjo (anulabilidad)²⁶⁵.

Siguiendo con esta línea de pensamiento – entendiendo a la invalidez como aquella institución contemplada **exclusivamente** contra los negocios disconformes con el derecho²⁶⁶, con la finalidad de reprimirlos – un sector doctrinario se ha animado a sostener que “(...) **la invalidez constituye una reacción particular, adecuada a la peculiar relevancia del negocio); reacción que consiste, justamente, y como ya es claro, en una negación, más o menos plena, de la relevancia (negocial) misma** (...) Por lo tanto, la invalidez constituye una consecuencia negativa que las normas reguladoras del negocio disponen para el caso de su infracción”²⁶⁷. Por otro lado, y desde el punto de vista del fin de la invalidez, esta calificación o reacción particular **constituye una sanción contra la actividad negocial de los particulares: una sanción que tiene como fin**

del negocio jurídico, sus diferencias, fundamentos y demás, nos pronunciaremos en el siguiente punto de forma amplia y detallada.

²⁶⁵ Hemos resaltado el término “propios” porque es un error señalar que el negocio jurídico no produce ningún tipo de efecto jurídico. Lo correcto es sostener que el negocio nulo no produce efectos jurídicos conformes o correlativos con el supuesto de hecho negocial, pero ello no implica la producción de efectos jurídicos indirectos. En otras palabras, el negocio jurídico no produce efectos en cuanto negocio jurídico, mas sí es pasible de producir efectos en tanto hecho jurídico que posee relevancia jurídica. Sobre ello volveremos más adelante, cuando analicemos el punto referente a la distinción entre inexistencia y nulidad, así como la producción de efectos de los negocios jurídicos nulos.

²⁶⁶ “(...) la sanción de la anulabilidad sólo puede vincularse con los “negocios jurídicos”, ya unilaterales, ya bilaterales, porque la sanción típica de los “actos jurídicos en sentido estricto” no puede ser la “invalidez” (nulidad y anulabilidad), sino la “ineficacia”, y por lo tanto, la imposibilidad de producir efectos”: BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Pág. 39.

²⁶⁷ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 471.

garantizar la observancia de las normas reguladoras, y que, por su conformación, cumple perfectamente dicha tarea²⁶⁸

Nosotros, particularmente, disentimos de esta forma de entender a la invalidez – como una sanción dispuesta por el sistema jurídico contra los actos de los particulares – y preferimos poner el centro de atención en su fase de remedio diseñado por el sistema y otorgado por éste a las partes contratantes, a efectos de que sean éstas las que, valiéndose del mismo, regulen sus actuaciones de la forma que ellas consideren conveniente. Concebir a la invalidez como una sanción implica otorgarle el rol preponderante el Estado, entendiendo a éste como el principal interesado en que se remedie la situación anómala; por el contrario, conceptualizar a la invalidez como remedio contractual, permite poner como centro de referencia a las partes contratantes, lo cual – consideramos – es lo adecuado, teniendo en consideración que el esquema contractual encuentra como razón de ser – siempre – la iniciativa de las propias partes.

En efecto, “la idea de remedio contractual se vincula, por un lado, con la idea de vínculo contractual; y, por el otro, con la idea de contrato defectuoso. Vínculo contractual significa que el contrato produce efectos, de los que las partes no pueden sustraerse. Contrato defectuoso es aquél en el que existe algo que no anda. Si el contrato, en presencia de este defecto, vinculara igualmente a las partes, produciendo normalmente sus efectos, se determinarían resultados no deseables; saldrían lesionados intereses merecedores de tutela. Se inscribe en este contexto la idea de remedio contractual: frente a la lesión actual o potencial

²⁶⁸ Ibid. Pág. 473. Para GAZZONI también se trata de una sanción: “Característica relevante de tal sanción (se refiere a la anulabilidad) consiste en dejar a la iniciativa de quien ha contratado sin la debida conciencia y voluntad la eliminación de los efectos que el contrato (estructuralmente perfecto) ha producido”: GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. VII edizione aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli. 1998. Pág. 932.

de los intereses merecedores de tutela, que serían vulnerados por la normal producción de los efectos del contrato defectuoso, la ley ofrece instrumentos para prevenir o remover la lesión de la misma – en una palabra, para ponerle remedio. Y el remedio consiste en liberar a las partes del vínculo contractual o en reponer en discusión los efectos del contrato”²⁶⁹

Aplicando esta idea de remedio contractual al caso de la invalidez, tenemos que ésta “ocupa un puesto central en la teoría de los remedios contractuales (...) La invalidez es, en mucho más, una categoría doctrinal, tradicionalmente empleada para encuadrar, dentro de un marco unitario, los remedios – ellos sí legislativos – de la nulidad y de la anulabilidad del contrato (...) Esta ineficacia remedial se conecta a la invalidez cuando el defecto o perturbación del contrato son tales como para hacerlo inválido: el contrato con causa faltante o ilícita es ineficaz en cuanto inválido (nulo); así también, el contrato viciado por error o dolo (anulable)”²⁷⁰

Entonces, consideramos que antes de concebir a la invalidez como una sanción por parte del sistema jurídico (enfoque desde cierto punto de vista publicista), lo correcto, en cuanto responde a la esencia misma del contrato, es conceptualizar a dicha institución como un remedio otorgado a los particulares para que estos en ejercicio de su autonomía privada los pongan en funcionamiento.

Finalmente, y con la intención de cerrar esta primera parte sobre la invalidez, corresponde hacer una precisión sobre la relación entre la invalidez y la

²⁶⁹ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 667.

²⁷⁰ Ibid. Pág. 677.

irrelevancia: la invalidez no consiste en la pura irrelevancia, es decir, en la falta de realización del negocio, sino en una negación de ella; o más claramente, en una fuerza negativa que se opone a la positiva, que está constituida por la relevancia del negocio como acto de autonomía. Esta consideración se aclara mejor si se tiene en cuenta la perspectiva que distingue entre el plano de la existencia del negocio y el plano de su validez²⁷¹.

En efecto, el ordenamiento reconoce, en general, la autonomía de las partes y por ello hay existencia o no del negocio dependiendo de si se presenta o no un acto de privada reglamentación de intereses jurídicamente relevante.

²⁷¹ Al respecto ver: CARIOTA FERRARA, Luigi. *Annulabilità assoluta e nullità relativa. Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici*. In: *Studi in memoria di B. Sforza e ripubblicato in Scritti minori*. Napoli. 1986. Págs. 269 y ss; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El Negocio Jurídico*. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág. 437; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. En: *Contratti in Generale. Trattato Grosso-Santoro Pascarelli*. Milano. Casa Editorial Dr. Francesco Vallardi, 1961. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991, p.p. 300-301; SCALISI, Vincenzo. *“Invalidità e ineficacia. Modalità assiologiche della negozialità”*. En: *Rivista di Diritto Civile*. N° 2. Anno XLIX. Marzo – Aprile. CEDAM. Padua. 2003. Pág. 212; FERRARI, Sigfrido. *Inesistenza e Nulità del Negozio Giuridico*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffré Editore. Milano. Anno XII. 1958. p. 514; TOMMASINI, Raffaele. *Nullità (Diritto Privato)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXVIII. Dott. A. Giuffré Editore. Varese. 1978. Pág. 872; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. *“Derecho Civil”*. Tomo I, VOL.2. *“Hechos y actos jurídicos”*. Trad. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1992. Pág. 995; GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Editorial Tirant la Blanch. Valencia. 1992. P. 261; Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 352. En sede nacional se pueden ver los interesantes aportes de: ZUSMAN TINMAN, Soschana. *“Teoría de la invalidez y la inexistencia”*. En: *Ius et Veritas*. Año IV. N° 7. 1993. P. 161; MORALES HERVIAS, Rómulo. *“Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”*. En: *Revista del Foro*. Publicación del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXVI. N° 1. Enero-Mayo. 1998; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*. Ara Editores. Lima. 2002. Pág. 247; FORNO FLOREZ, Hugo. *La Oferta al Público: Razones para una Discrepancia*. En: *Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre. Lima N° 45. 1991. p. 222.

Siempre que dicho acto exista, se planteará luego la cuestión de su validez o invalidez, dependiendo de si es o no conforme a las prescripciones del ordenamiento (como se entiende, aquellas prescripciones cuya observancia sea garantizada mediante dicha calificación de invalidez); y este realce es plenamente coherente con la afirmación de que “la invalidez se refiere al negocio jurídico, y presupone, por lo tanto, su concepto (...) Por ello, es un error poner en correlación el negocio existente y el negocio inválido (nulo): una alternativa sólo puede presentarse entre negocio existente e inexistente, y en el ámbito de su existencia, entre negocio válido e inválido. Así, **invalidez no significa irrelevancia jurídica, sino negación de la relevancia negocial**”²⁷², lo cual da lugar a que – como ya se señaló – el contrato nulo no produzca los efectos que le correspondrían al tipo contractual, sin que ello impida que genere los denominados efectos indirectos.

Lo señalado hasta aquí nos sirve como una especie de marco general para²⁷³, ahora sí, entrar al análisis de las dos formas de invalidez de los negocios jurídicos; esto es, la nulidad y anulabilidad del negocio jurídico.

3. La nulidad del negocio jurídico.

3.1. Concepto

Se dice que la voz “*nulidad*” deriva de la palabra “*nulo*” cuyo origen etimológico proviene de “*nullus*”: de “*ne*” que significa “no” y “*ullus*” que significa

²⁷² SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Págs. 474-475.

²⁷³ En efecto, sobre esta distinción entre invalidez e inexistencia se volverá de forma mucho más detallada, cuando analicemos a la nulidad como una de las formas de invalidez.

"alguno", haciendo que por nulo deba entenderse "lo falto de valor y fuerza para obligar o tener, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo"²⁷⁴

Por ello, hablamos de la nulidad²⁷⁵ del negocio jurídico cuando este no produce *ab origine* e inmediatamente los efectos jurídicos típicos previstos por el sistema jurídico, debido a la incorrecta formación y a la vulneración de la estructura del mismo²⁷⁶. Mientras tanto, hablamos de la anulabilidad (mal llamada nulidad relativa), cuando el negocio, una vez celebrado, produce los efectos que le son propios, pero deja de producirlos una vez que se pida y se declare la anulación del mismo por haberse formado con vicios en el consentimiento. De allí, que a diferencia de la nulidad, se califique a este tipo de ineficacia como el negocio que "nace gravemente enfermo"²⁷⁷.

²⁷⁴ CAMUSSO, Jorge Nulidades procesales. E.D.I.A.R. Buenos Aires. 1983. Pág. 9.

²⁷⁵ Para un sector de la doctrina italiana, la nulidad del negocio jurídico constituye "el medio del cual dispone el Ordenamiento Jurídico para la tutela efectiva de intereses generales considerados valores fundamentales para la entera organización social" (MONTICELLI, Salvatore. "Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale". En: Rivista di Diritto Civile. Anno XXXVI. CEDAM. Padova. 1990. Pág. 674; para otro sector de la doctrina, la nulidad viene a ser una sanción civil: IRTI, Natalito. "La nulidad como sanción civil". En: Cátedra. Espíritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año VII. N° 11. 2004. Págs. 26-31.

²⁷⁶ Existe consenso en la doctrina en el sentido de que la nulidad es aquella forma de ineficacia que es intrínseca al negocio mismo, impidiendo que éste produzca los efectos que le son propios, sin necesidad de una previa impugnación o declaración: DE LOS MOZOS, José Luis. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 572; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 471; D. Espín Canovas. Manual de Derecho civil español. Tomo I. 8a. Edición. Editorial Edersa. Madrid. 1982. Pág. 469; ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Editorial Bosch. Barcelona. 1958. Págs. 424 y ss; DIEZ PICAZO y GULLON. Sistema de Derecho Civil I. 4ª. Edición. Madrid. 1981. Págs. 634 y ss. ALBALADEJO, Manuel. "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico". En: Revista de Derecho Privado. Págs. 603 y ss.

²⁷⁷ TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de actos jurídicos". En: Derecho. Diciembre. N° 53. Lima. 2000. Págs. 531-547.

Si de forma general se puede decir que es nulo el negocio que presenta vicios estructurales, también de forma detallada podemos referirnos a las causas que originan la nulidad negocial:

1) Respecto de los sujetos: la falta de capacidad jurídica, que se dará cuando el negocio se concluya en nombre de un sujeto jurídicamente inexistente; 2) respecto de la voluntad: la incapacidad absoluta; la violencia física (salvo cuando ésta sea causal de anulabilidad); 3) respecto de la forma: la omisión de la forma solemne requerida por la ley; 4) respecto de la causa: la falta de causa o la causa ilícita²⁷⁸; el motivo ilícito siempre que – en los contratos – sea común a los contratantes o – en los negocios de liberalidad – cuando sea determinante del negocio y expreso; 5) respecto del contenido: la falta de objeto; el objeto imposible, ilícito, indeterminado o indeterminable, y – en los negocios inter vivos – la condición ilícita o la condición suspensiva imposible^{279 280}

²⁷⁸ Se debe diferenciar ilicitud, irrelevancia e inexistencia de la causa: “Se puede presentar una ausencia de causa, tanto en la hipótesis de que el acto de autonomía esté caracterizado “en concreto” por una función de hecho no realizable (por ejemplo, compraventa de cosa propia), como en la hipótesis en que la clase de efecto prevista en el acto de autonomía exija un fundamento justificativo, del que carece el propio acto (por ejemplo: negocio de transmisión de un derecho de propiedad que no esté respaldado por una contraprestación o un espíritu de liberalidad o que, de algún modo, no resulte vinculado a un fundamento justificativo externo. Así también, la causa podría ser considerada jurídicamente irrelevante en virtud de un juicio de mérito del resultado práctico perseguido por las partes, no estando reconocidos aquellos acuerdos interpersonales que habrían de versar sobre intereses fútiles o caprichosos (...) En el caso de la ilicitud de la causa, ésta existe o es relevante jurídicamente pero es contraria al orden público o a las buenas costumbres”: BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. “Derecho Civil”. Tomo I, VOL.2. “Hechos y actos jurídicos”. Trad. Fernando Hinestrosa. Colombia: universidad externado de Colombia, 1992, Pág. 899.

²⁷⁹ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Traducción al español de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 203.

²⁸⁰ Interesante es la nueva propuesta sobre nulidades especiales, tales como la nulidad relativa. La nulidad relativa es la nulidad que puede ser hecha valer por una sola de las partes del contrato; por

3.2. El negocio nulo y el negocio inexistente: a propósito de la irrelevancia jurídica

Antes de empezar, debemos enfatizar en lo siguiente: el esclarecimiento de las nociones de inexistencia y de nulidad no solamente tienen una importancia teórica, sino también una importancia práctica como lo demostraremos a lo largo del presente tópico²⁸¹.

Hablar de una categoría como la inexistencia jurídica, nos obliga a ahondar, primero, en el concepto de relevancia jurídica.

“El derecho objetivo se resuelve en un sistema de criterios de individualización y de predicados de juicios futuros. Mediante los esquemas normativos, el pensamiento individualiza y juzga los hechos. Por ejemplo, que el hecho A es una venta significa: a) que desde la perspectiva de la individualización, el esquema

aquella económicamente débil. En todas las hipótesis en las que existe un desequilibrio contractual, el legislador ha previsto un remedio para anular tal desequilibrio consintiendo sólo a la parte débil la posibilidad de afectar el contrato. De esta forma, emergiendo nuevas figuras de invalidez, la contraposición entre nulidad y anulabilidad viene fatalmente puesta en crisis. Se ha presentado, por ello, la necesidad de una reevaluación crítica de las categorías generales, por lo que se hacen emerger numerosas figuras de nulidad especial que se caracterizan por la peculiaridad de su fundamento o razón de ser, la cual viene a ser la exigencia de tutela de determinadas categorías de sujetos, como por ejemplo los clientes en los contratos bancarios, subcontratistas en los contratos de comisión, etc. Sobre el particular recomendamos ver: SCUNCIO, Marzia. “La nullità relativa”. En: <http://www.tesionline.it>.

²⁸¹ Notables son las consecuencias prácticas a las cuales se arriba luego de diferenciar claramente la nulidad de la inexistencia. MORALES HERVIAS da cuenta de dichas consecuencias en su interesante trabajo: “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. En: Revista del Foro, año LXXXVI, n° 1, enero-mayo 1998.

normativo de la venta ha operado como criterio de elección del hecho; b) que desde la perspectiva del juicio, A ingresa en el ámbito del concepto de la venta”²⁸²

De esta forma, “la relevancia externa se traduce en juicios jurídicos; esto es, en juicios en los cuales el sujeto es vinculado a un predicado normativo. De esta manera, hecho relevante viene a ser el hecho que es identificado por el derecho y que, como sujeto del juicio, recibe un predicado normativo”

Ahora bien, “el dato fáctico al cual hace referencia el juicio jurídico pertenece a una realidad delimitada y suficiente en sí misma: se trata de un hecho natural o histórico. Sin embargo, debe quedar del todo claro que la relevancia jurídica no implica la asunción o el ingreso de un hecho en el orden del derecho. El hecho permanece en el propio orden. En relación a su propia estructura, es decir, a su génesis, el hecho jamás es jurídico, sino tan sólo un hecho de la naturaleza o hecho histórico. Este dualismo entre norma y hecho es inevitable: el hecho – como dato fáctico, como dato concreto de la naturaleza o de la historia – no puede adquirir por sí mismo el valor de la juridicidad”²⁸³

Sin embargo, a pesar de esta indisolubilidad entre hecho y norma, sí existe entre ambos una especial vinculación de carácter lógico: “El nexos que media entre la norma jurídica y el hecho posee una índole meramente lógica. Valiéndose de la descripción normativa el pensamiento reduce el hecho al “caso particular”; de esta manera, el esquema del hecho existente se revela como adecuado al esquema del hecho eventual. El hecho definido en base al criterio normativo es el hecho

²⁸² IRTI, Natalino. “Rilevanza Giuridica”. EN: Jus. Rivista di Scienze Giuridiche. Pubblicata a cura dell’Università del Sacro Cuore. N.S. Anno XVIII. Gennaio-Giugno. Fasc. I-II. 1967. Pág. 37.

²⁸³ Ibid, Pág. 38

jurídico, esto es, el hecho relevante para el derecho. Así pues, el hecho jurídico no es el hecho de la naturaleza o el hecho histórico que ingresa en el orden normativo, sino el hecho que existe en el derecho, que es como el derecho quiere que sea”²⁸⁴

En resumen, “el hecho relevante es siempre una abstracción que el pensamiento elabora en base a los modelos normativos. El hecho jurídico no es concebible más allá del proceso del pensamiento y del criterio que lo individualiza y define: su realidad es la misma realidad de la calificación por parte del sistema jurídico. De esta manera, el hecho concreto que no llega a ser conceptualizado ni tipificado es ajeno al plano de la juridicidad. En cambio, el hecho relevante o valorado por el ordenamiento jurídico, es aquél que se adecúa a la norma y es hecho relevante en cuanto se adecuó a la norma.”²⁸⁵

Habiendo establecido cuándo nos encontramos frente a un hecho relevante, y de qué forma esta relevancia es determinada por el derecho, corresponde ahora analizar la relación existente entre el hecho jurídico y la relevancia jurídica: ¿cuándo un hecho es jurídico? ¿Es jurídico aquél hecho dotado de eficacia jurídica? ¿Es jurídico aquél hecho que posee relevancia jurídica?

El hecho jurídico no es simplemente el hecho, sino el hecho que existe en y para el derecho. Nace así la exigencia de seleccionar de entre la historia humana y la realidad natural, los hechos que tengan importancia jurídica. El hecho no lleva en sí la propiedad de constituir, modificar o extinguir la relación jurídica: el hecho es jurídico en cuanto es tomado en consideración desde el punto de vista del derecho. Y precisamente, esto último (aquello que es tomado en consideración por

²⁸⁴ Ibid. Pág. 39.

²⁸⁵ Ibid.

el derecho) es la relevancia jurídica; de lo cual podemos concluir que hecho jurídico es aquél que posee relevancia jurídica. Por ello, el problema del hecho jurídico se identifica con el problema del hecho relevante, del hecho seleccionado según el criterio de la juridicidad. En consecuencia, el hecho será jurídico en cuanto posea relevancia jurídica²⁸⁶

Ahora bien, sabiendo que hecho jurídico es aquél que posee relevancia jurídica, corresponde determinar por qué o cuál es el criterio por el cual un hecho fáctico adquiere relevancia jurídica, mientras que otros tantos se disipan en el fluir de la naturaleza y en el devenir de la historia sin llegar a ser valorados por el Ordenamiento Jurídico. Sobre el particular, son diversas las elaboraciones doctrinarias que se han formulado.

Para una primera aproximación doctrinal, un hecho será jurídico, esto es, tendrá relevancia jurídica, en tanto produzca efectos jurídicos. Así, para esta doctrina, la juridicidad del hecho deriva de la juridicidad de las consecuencias que el derecho vincula al hecho. Por ello, si denominamos eficacia a la idoneidad para producir efectos jurídicos, concluiremos que la juridicidad del hecho depende de su eficacia: (para esta doctrina) un hecho relevante será siempre eficaz; y, por el contrario, un hecho ineficaz nunca será un hecho relevante²⁸⁷

²⁸⁶ Ibid. Pág. 41.

²⁸⁷ Para la identificación del concepto de relevancia con el concepto de eficacia, véase: PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*. 2ª. Reimpresión. Padua. 1993. Págs. 55-56, quien después de haber observado que “hecho jurídicamente relevante es el hecho, al cual determinado ordenamiento jurídico atribuye cierta valoración, precisa que el efecto jurídica, es decir el contenido de la valoración, “constituye aquello que caracteriza a un hecho como hecho jurídicamente relevante”; en el mismo sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padua. 1936. Págs. 65 (donde el requisito del acto jurídico es definido como “una manera particular de ser relevante según la norma para su eficacia”) y 66 (“Validez y eficacia del acto jurídico no son dos cosas diversas sino la misma cosa vista desde lados opuestos: la eficacia del lado del efecto, la validez, del lado de la causa; válido es el acto que posee los requisitos necesarios para ser

Sin embargo, en la línea de pensamiento expuesta es dejada en las sombras la consideración del hecho por parte del derecho objetivo, y, de esta manera es desconocida la autonomía del concepto de relevancia jurídica, toda vez que ésta es asimilada al concepto de eficacia.

Para una segunda corriente de opinión, es erróneo creer que la juridicidad deriva de la vinculación del hecho con los efectos, con lo cual se reconoce la autonomía lógica de la relevancia respecto de la eficacia. Según esta corriente, el criterio que sirve para diferenciar hechos relevantes y hechos irrelevantes, se encuentra en la conformidad con el tipo normativo: es decir, que el hecho se adecúe o no a una de las figuras preestablecidas por el derecho. El hecho relevante, por ende, es el hecho que realiza el tipo legal: en una palabra el hecho típico²⁸⁸.

El error de esta doctrina, es que propone un proceso calificativo tiene carácter unitario, es decir, el reconocimiento jurídico del hecho es realizado en función de la eficacia. Por ende, para esta doctrina, la previsión normativa del hecho (el que

eficaz"); BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 3: "Por ello, hechos jurídicos son hechos a los cuales el derecho atribuye relevancia jurídica en el sentido de modificar las situaciones preexistentes y de configurar situaciones nuevas a las cuales corresponden nuevas calificaciones jurídicas".

²⁸⁸ En este sentido: FALZEA, Angelo. Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici. Milán. 1939. Pág. 26, quien señala que "el hecho, como entidad extrajurídica, es neutro. La relevancia no señala una propiedad intrínseca, sino una calificación del hecho realizada por la norma. El elemento formal no superpone al hecho, que así ingresa en el sistema de los fenómenos jurídicos. El hecho jurídico es el hecho reconocido por el derecho: la juridicidad no depende de la vinculación con los efectos, sino de la calificación operada por la norma". Por ello, si bien para un sector de la mayoría de la doctrina "la juridicidad de la fattispecie depende de las consecuencias jurídicas atribuidas por la norma, y cómo en ese sentido serían parte del mundo del derecho las consecuencias y no las situaciones a las cuales tales consecuencias son vinculadas (...), la relevancia, en su sentido técnico, deriva de la subsunción del acto bajo una determinada norma jurídica de calificación": FALZEA, Angelo. La condizione e gli elementi dell'atto giuridico. Milán. 1941. Págs. 26-27.

el hecho sea conforme al esquema legal) no es suficiente para conferir la característica de la juridicidad; es necesaria la vinculación, sea inmediata o mediata, con un efecto jurídico²⁸⁹. Con ello, al encontrarse la relevancia en función de la eficacia, aún no se reconoce plena autonomía a la primera respecto de esta última.

Finalmente, para un tercer sector doctrinario, al cual nos adscribimos, relevancia y eficacia no son momentos del mismo proceso calificativo. El momento de la relevancia es primario, ya que la norma establece los efectos en consideración al valor jurídico del hecho. Se llega así a la entidad lógica “hecho jurídico – hecho relevante”: el significado del hecho jurídico coincide con su relevancia para el derecho. La calificación normativa (relevancia) determina y agota la juridicidad del hecho. La eficacia, por su parte, se reduce al perfil práctico de la relevancia: el hecho no es relevante en cuanto eficaz, sino eficaz en cuanto relevante²⁹⁰

En síntesis, podemos sostener que la relevancia viene a ser el reconocimiento, por parte del sistema jurídico, de un hecho de la vida diaria dentro del supuesto de hecho de una norma jurídica; o en otras palabras, el dotar de un predicado jurídico, a un hecho fáctico. Por ende, un hecho que posee relevancia jurídica, es un hecho jurídico. Este hecho fáctico, se convierte en jurídico, sólo luego de corroborar que el sistema jurídico le ha enlazado un predicado jurídico; es decir, sólo se tornará jurídico, una vez que acreditemos que está dotado de relevancia jurídica. Un juicio posterior y distinto al de relevancia, es el examen de eficacia, que no aporta en nada a la juridicidad del hecho, el cual por el sólo dato de ser relevante para el derecho, se convierte en un hecho jurídico.

²⁸⁹ Ibíd. Pág. 9.

²⁹⁰ IRTI, Natalino. “Rilevanza Giuridica”. Ob. Cit. Págs. 12-13.

Entender esta diferenciación entre la relevancia y la eficacia es fundamental para la presente investigación: el que el sistema jurídico califique a determinado acto de privada reglamentación de intereses, como ineficaz (nulo), no quita que nos encontremos frente a un hecho relevante jurídicamente, o lo que es lo mismo, frente a un hecho jurídico. La ineficacia (nulidad) del “negocio” jurídico, no debe llevarnos a obviar la existencia de un hecho jurídico. Detrás de todo “negocio” jurídico nulo, existe un hecho jurídico. Precisamente, para que el sistema jurídico pueda realizar el juicio de eficacia – ineficacia, primero debemos estar frente a un hecho que posee relevancia jurídica. El juicio de eficacia – ineficacia procede al juicio de relevancia – irrelevancia; por ello, hablar de negocio jurídico ineficaz, presupone hablar de un hecho jurídico, o lo que es lo mismo, un hecho dotado de relevancia jurídica.

Cosa distinta sucede con los “negocios jurídicos” inexistentes: respecto de estos no es posible realizar juicios de eficacia – ineficacia, porque ni siquiera se está en presencia de hechos jurídicos. Es decir, descartada todo tipo de relevancia jurídica, no tiene sentido realizar un juicio de eficacia – ineficacia.

Por ello, “la invalidez no puede implicar la irrelevancia del acto y ni siquiera tener como efecto la negación de la relevancia jurídica, como a veces se ha sostenido. La demostrada autonomía entre las dos figuras, bajo el perfil de los criterios y de los mismos presupuestos de calificación, impide que una (la invalidez) pueda disolverse en la otra (la irrelevancia), o implicar su eliminación incluso simplemente negándola. Debe por ello quedar claro que la invalidez no compromete la relevancia del acto y más bien continúa presuponiéndola necesariamente”²⁹¹

²⁹¹ SCALISI, Vincenzo. “Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità”. En: Rivista di Diritto Civile. N° 2, Marzo – Aprile, Anno XLIX, CEDAM, Padua, 2003, Pág. 212. Traducción con autorización del autor, de Carlos Zamudio Espinal. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervías.

De todo esto, lo primero que nos debe quedar claro (y sobre lo cual ahondaremos más adelante), es que existe plena autonomía entre la nulidad y la inexistencia del negocio jurídico; por ello, la equiparación entre nulidad e inexistencia ha sido combatida enérgicamente²⁹².

Sobre el particular, se hizo notar que no se podía calificar de inexistente al negocio, aunque fuese nulo, porque representa siempre un hecho acaecido reconocido por el sistema jurídico, y lo que ha acaecido y ha sido reconocido, siempre puede tener algún efecto, ya sea positivo (el hecho es tutelado) o negativo (el hecho es rechazado).

Sin embargo, la sutileza de la distinción ha hecho perder de vista los términos de la misma. Por ello, producto de esta sutil distinción, BARBERO hace una aclaración muy importante: “Cuando se dice inexistente el “negocio nulo”, no se quiere afirmar la inexistencia de algún “hecho jurídico”, sino que se quiere decir que no existe un hecho jurídico al cual compete la calificación de “negocio”: la manifestación continúa siendo ciertamente un hecho indestructible, pero no constituye “negocio”; y, por tanto, los efectos que pueda tener, no serán, de todos

²⁹² CARIOTA FERRARA, Luigi. *Annullabilità assoluta e nullità relativa. Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici*. In: *Studi in memoria di B. Sforza e ripubblicato in Scritti minori*. Napoli. 1986. Págs. 269 y ss; quien concluye afirmando que “tal nulidad en nuestro derecho (italiano) no existe como figura autónoma, como subespecie de la nulidad contrapuesta a la anulabilidad.

modos, “efectos negociales”. Por lo demás, ya hemos aclarado que el llamado negocio ilícito no es un “negocio jurídico”, sino un “acto jurídico”²⁹³.

Lo importante de la cita transcrita, es el hecho que el autor (BARBERO) reconoce que un negocio jurídico nulo sí es capaz de producir efectos jurídicos, en tanto se configura como un hecho jurídico, o lo que es lo mismo, como un hecho que posee relevancia jurídica. Esto es lo destacable.

Lo criticable es la pretensión del autor, de identificar nulidad con inexistencia²⁹⁴, lo cual es un grave error, toda vez que ambas figuras, como pasaremos a detallar y como ya señalamos, son plenamente diferenciables.

Para comenzar, “la validez no es la condición originaria del hecho en el derecho. Antes de la validez está la relevancia jurídica, como dimensión axiológica típica del hecho que constituye o expresa intereses merecedores de protección según el ordenamiento jurídico: merecedores, se entiende, en cuanto conformes al sistema de los valores positivos de la comunidad (...) Por el contrario, el hecho que no

²⁹³ BARBERO. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. Pág. 633-634. A partir de ello, el autor se anima a afirmar que “nulidad e inexistencia son perfectamente sinónimos, y es precisamente por ello que a la verdadera “nulidad” se la denomina también “inexistencia”. En cambio, para otro sector de la doctrina italiana, que sí diferencia la nulidad de la inexistencia, en ésta faltan algunos de los elementos materiales del negocio, mientras que aquélla comprende todos los casos en los que se hallan presentes los elementos materiales, pero faltan los elementos jurídicos del acto: TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Traducción al español de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 201.

²⁹⁴ A pesar de esto, luego el autor, de forma un tanto contradictoria, señala que no obstante tal similitud entre la inexistencia y la nulidad, “resulta conveniente emplear los términos propios de “nulidad” y “negocio nulo” sin promiscuidad con los de “inexistencia” y de “negocio inexistente”, pues la “nulidad” supone por lo menos el andamiaje negocial externo, mientras que la “inexistencia” indicaría más bien el negocio “no nacido”: BARBERO. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. Pág. 635.

expresa intereses merecedores de protección está en condición de irrelevancia jurídica y, pues, respecto a este no puede ni siquiera colocarse en un problema de validez/invalidéz. El interés irrelevante permanece fuera del derecho: como tal, no es susceptible de valoración en términos de validez / invalidéz”²⁹⁵

Esto quiere decir que la irrelevancia (inexistencia), a diferencia de la invalidéz, implica la no relevancia dentro del campo del derecho, descartando así su calificación normativa; por ende, “se dirá que se trata de *negotium non existens* cuando la falta de requisitos positivos impide hasta la apariencia del negocio (...); se ha defendido todavía el mantenimiento de la calificación de inexistencia, diciendo que ella se dará cuando la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que haga inconcebible el negocio o que impida que se dé el concepto del negocio”²⁹⁶.

De ello se concluye que la inexistencia, por cuanto se refiere en últimas al no ser del contrato (negocio) y, por lo tanto, a algo que está fuera de toda calificación jurídica, tiene siempre un significado propio para el derecho, toda vez que permite identificar una causa autónoma de irrelevancia e ineficacia del contrato²⁹⁷.

²⁹⁵ SCALISI, Vincenzo. “Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità”. En: Rivista di Diritto Civile. N° 2, Marzo – Aprile, Anno XLIX, CEDAM, Padua, 2003, pp. 207-208. Traducción con autorización del autor, de Carlos Zamudio Espinal. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervías.

²⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. “El Negocio Jurídico”. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Pág. 437.

²⁹⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. En: Contratti in Generale. Trattato Grosso-Santoro Pascarelli. Milano. Casa Editorial Dr. Francesco Vallardi, 1961. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1991, p.p. 300-301.

Ferrari²⁹⁸ describió la distinción entre negocios jurídicos nulos e inexistentes de manera clara: a) mientras el negocio inexistente, precisamente por ser tal, no puede producir efectos jurídicos, el negocio nulo, en cuanto existente como supuesto de hecho negocial, puede producir efectos jurídicos diversos de aquellos que son propios del tipo a que pertenecen; b) el negocio nulo puede, sea por vía del todo, excepcional, ser sanado; c) siempre en vía excepcional puede producir hasta que la nulidad no sea declarada, todos los efectos normales que es capaz de producir un negocio válido; y d) el negocio nulo puede, al contrario del negocio inexistente ser convertido en otro negocio del cual contenga los elementos.

Por su parte, Tommasini²⁹⁹ expresa que nulo sería el negocio existente como situación de hecho y por eso mismo en grado de explicar algún efecto jurídico; inexistente el negocio inidóneo para integrar del mismo modo la situación de hecho y por el cual por tanto no es calificado algún efecto negocial. Y añade que el supuesto de hecho nulo tendría la posibilidad de general efectos, integrando una diversa estructura normativa, mientras el negocio inexistente carecería en absoluto de esta posibilidad, no pudiendo utilizar alguna cosa que no existe. El negocio jurídico inexistente es definido como el acto de autonomía privada imposibilitado de generar efectos y el negocio nulo como supuesto de hecho negocial capaz de producir efectos jurídicos indirectos mediante la conversión a un nuevo supuesto de hecho. Tal diferenciación es útil para concluir que el negocio inexistente debe ser analizado como supuesto de hecho irrelevante y el negocio nulo como supuesto de hecho relevante e inválido.

²⁹⁸ FERRARI, Sigfrido. Inesistenza e Nulità del Negozio Giuridico. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile Dott. A Giuffré Editore, S.p.A. Milano. Anno XII. 1958. p. 514.

²⁹⁹ TOMMASINI, Raffaele, Nullità (Diritto Privato). En: Enciclopedia del Diritto. Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A. Varese, 1978, Tomo XXVIII (Negozio-Nunzio). p. 872.

En esta misma línea, se ha sostenido que “puede hablarse de validez-invalididad exclusivamente con relación a los negocios; en efecto, se dice que la calificación del acto negocial, si bien comporta que se le reconozca una existencia y relevancia jurídica, no implica necesariamente un juicio de conformidad del fenómeno con las directrices del ordenamiento. Se hace, pues, necesario, un análisis adicional, lógicamente posterior a aquel relativo a la relevancia del supuesto de hecho, análisis que puede concluir en sentido afirmativo (el hecho conforme a las opciones del sistema), o en sentido negativo (el hecho es valorado con desfavor por el ordenamiento). En el primer caso el negocio, a más relevante es válido, en el segundo, aun siendo relevante es inválido”³⁰⁰.

De igual forma se pronuncia SCONAMIGLIO, para quien “la invalidez se refiere al efecto negocial en sentido estricto (correspondiente a la peculiar relevancia negocial del fenómeno); pero ella no podrá seguir consistiendo en su ausencia, es decir, en la absoluta irrelevancia del negocio, porque entonces, según cuanto hemos señalado, nuestra figura terminaría disolviéndose”³⁰¹; por ello, “una alternativa sólo puede presentarse entre negocio existente e inexistente, y en el ámbito de su existencia, entre negocio válido e inválido. Así se confirma ulteriormente nuestra premisa: que invalidez no significa irrelevancia jurídica, sino negación de la relevancia negocial, que resulta, por lo tanto, presupuesta”³⁰²

³⁰⁰ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. “Derecho Civil”. Tomo I, VOL.2. “Hechos y actos jurídicos”. Trad. Fernando Hinestrosa. Colombia: universidad externado de Colombia, 1992, Pág. 995.

³⁰¹ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 472.

³⁰² Ibid. Pág. 475.

Se puede sostener, entonces, que tanto el negocio jurídico válido como el inválido son relevantes jurídicamente³⁰³, lo cual quiere decir que se les reconoce existencia dentro del derecho y del ordenamiento jurídico, el cual según las directrices seguidas y establecidas determinará la validez o invalidez de dicho negocio³⁰⁴.

Teniendo en cuenta ello, se podrá calificar de inexistente el negocio jurídico realizado en una representación teatral o por motivos de enseñanza o en broma, las promesas que se efectúan a título de cortesía, en donde existe sólo una apariencia vacía del concepto del negocio jurídico o en aquellos actos que no alcanzan la función requerido para la tutela del ordenamiento³⁰⁵. Lo mismos

³⁰³ Las dos categorías de la ineficacia (tanto la invalidez como la ineficacia funcional) deben diferenciarse de la inexistencia, que “está más allá de la nulidad: es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permite hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral. La importancia de la distinción entre nulidad e inexistencia se encuentra en lo siguiente: el contrato o el acto inexistente no produce aquellos efectos limitados que el contrato o el acto nulo producen”: GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Editorial Tirant la Blanch. Valencia. 1992. P. 261. Entre nosotros, se sostiene que “razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda, en el primer caso, y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de mala fe, en el segundo caso. Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de la inexistencia del negocio jurídico (...). Pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, esta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal”: ZUSMAN TINMAN, Soschana. “Teoría de la invalidez y la inexistencia”. En: *Ius et Veritas*. Año IV. N° 7. 1993. P. 161.

³⁰⁴ Mueve a comentario la opinión de cierta doctrina nacional, que no distingue entre existencia e invalidez del negocio jurídico. Así se sostiene que “la concurrencia de todos los requisitos de validez determinan que el acto jurídico exista válidamente, el concepto de validez del acto jurídico coincide con el de existencia. El acto o negocio válido es existente, un acto o negocio inválido es inexistente para el derecho, no hay acto jurídico (Art. 1359); el acto al cual le falta alguno de los requisitos de validez adolece de nulidad absoluta (la inexistencia se asimila a la nulidad absoluta): TORRES VASQUEZ, ANIBAL. *Acto Jurídico. Op. Cit.* Pág. 471. Por los motivos que expondremos más adelante, discrepamos con esta opinión.

³⁰⁵ SCOGNAMIGLIO, RENATO. Contribución a la teoría del negocio jurídico. *Op. Cit.* Pág. 439. En doctrina nacional, para diferenciar la nulidad de la inexistencia, se ha definido a “la inexistencia como el hecho irrelevante (invalidez formal) y a la nulidad negocial como el supuesto de hecho relevante e inválido (invalidez normativa del negocio)”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. En:

sucedirá cuando estemos frente a una propuesta contractual y una declaración en función de aceptación, pero cuyo contenido sea tan evidentemente contrario al contenido de la propuesta que no puede existir sobre ello ningún malentendido³⁰⁶: la combinación de estos actos no da lugar a un contrato nulo, sino que no origina ningún contrato y, por tanto, tampoco da lugar a una acción contractual ni a una acción de daños por confianza fundada en la validez del contrato³⁰⁷

Sin embargo, esta forma en que actualmente se entiende la inexistencia o irrelevancia del negocio jurídico, es muy distinta a la forma como en un principio fue comprendida. En efecto, el concepto de inexistencia fue una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, con fundamento en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad, se vio forzada a construir un concepto distinto que albergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes – la identidad del sexo en el matrimonio es el ejemplo

Revista del Foro. Publicación del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXVI. Nº 1. Enero-Mayo. 1998.

³⁰⁶ Este ejemplo de negocio inexistente es planteado por: Betti, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 352; SCONAMIGLIO, Renato. “Contribución a la teoría del negocio jurídico”. Op. Cit. Pág. 341; GALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana. Tirant lo blanch. Valencia. 1992. p. 261.

³⁰⁷ En el Perú, éste es el supuesto de inexistencia que tenemos consagrado legislativamente. Por ello, “cabe interpretar el artículo 1359 en el sentido que es inexistente el contrato si las partes no están conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. La sanción de inexistencia importa un supuesto diferente a la nulidad virtual por cuanto el contrato no puede configurarse si las partes no convienen en todas las estipulaciones de conformidad con el inciso 8 del artículo 219. El contrato celebrado sin haberse convenido en todas las estipulaciones es contrario a la sanción normada en el artículo 1359: interesa al Derecho positivista la unidad del contrato para tutelar la seguridad en el tráfico jurídico” (MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. Op. Cit. Pág. 51). Sobre este supuesto de inexistencia en nuestro Código Civil también recomendamos ver: FORNO FLOREZ, Hugo. La Oferta al Público: Razones para una Discrepancia. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre. Lima Nº 45. 1991. p. 222.

clásico -, que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta por la ley para declarar la nulidad³⁰⁸.

No obstante, conforme a nuestro sistema jurídico, no se puede entender a la inexistencia como la entendieron los franceses, por cuanto si bien nuestro CC contiene una regulación taxativa de las causales de nulidad (se trata de causales expresas de nulidad), también cuenta con un sistema de nulidad virtual, regulado en el artículo V del Título Preliminar, así como en el inciso 8 del artículo 219, según el cual es nulo todo negocio jurídico que atente contra normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

En consecuencia, para nuestro sistema jurídico, el matrimonio entre personas del mismo género, en tanto atenta contra una norma imperativa (artículo 234 CC³⁰⁹) se configura como un negocio jurídico nulo, pero existente, a diferencia del sistema francés, donde, como ya tuvimos oportunidad de señalar, su rígida y taxativa relación de causales de nulidad, los obliga a recurrir a una categoría distinta (inexistencia) a efecto de abarcar aquellas situaciones (como el matrimonio entre personas del mismo género) cuya nulidad no se encuentre expresamente regulada por el sistema español.

Ahora bien, el hecho que nuestro Código Civil cuente con un sistema de nulidad virtual (nulidad de todo negocio que atente contra el sistema jurídico, ya sea por contravenir normas imperativas, orden público o buenas costumbres) y que no

³⁰⁸ DIEZ PIZASO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Décima Edición. Editorial Tecno. Madrid. 2002. Pág. 534.

³⁰⁹ Artículo 234° CC: “El matrimonio es la unión voluntaria concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella”.

haya consagrado expresamente³¹⁰ la categoría de la inexistencia³¹¹, no es óbice para reconocerle a ésta plena autonomía e independencia con respecto a la

³¹⁰ Una aclaración en este punto es fundamental: el hecho que nuestro Código Civil no haya consagrado EXPRESAMENTE la categoría del negocio inexistente, no debe llevarnos a concluir que aquélla no existe (aunque implícitamente) en nuestro sistema jurídico. Como bien sostiene doctrina nacional, de una lectura sistemática del artículo 219 inciso 8 y el 1359, podemos concluir que en el inciso 8 del artículo 219 no sólo se consagra la nulidad virtual, sino también la inexistencia: "(...) particularmente pensamos que el Código Civil en el inciso 8 del artículo 219 contempla un segundo supuesto específico que no se asimila al supuesto de nulidad virtual del acto jurídico. En efecto; el artículo V del Título Preliminar del Código Civil dispone la nulidad del acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres y el inciso 8 del artículo 219 indica que la ley puede establecer una sanción diversa a la nulidad si el acto jurídico es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Entonces, cabe interpretar el artículo 1359 en el sentido que es inexistente el contrato si las partes no están conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria. La sanción de inexistencia importa un supuesto diferente a la nulidad virtual por cuanto el contrato no puede configurarse si las partes no convienen en todas las estipulaciones de conformidad con el inciso 8 del artículo 219 (...) Entonces, el inciso 8 del artículo 219 no solamente norma la figura de la nulidad virtual sino también la de la inexistencia negocial": MORALES HERVIAS, Rómulo. "Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano". Op. Cit.

³¹¹ En el Perú, el debate sobre la inexistencia y la nulidad tiene como punto de referencia los artículos V del Título Preliminar, 219 incisos 7 y 8, 1359 y 1360 del Código Civil de 1984. Influenciados por la doctrina española, Zusman Tinman y De La Puente y Lavalle propusieron la distinción entre inexistencia y nulidad para efectos de la reforma del Código Civil de 1936: "se produce la inexistencia cuando la falta de un elemento sea de tal relevancia que impida hasta la apariencia de un acto jurídico, lo cual determina que no pueda producir efectos ni siquiera negativos. La nulidad en cambio, supone un acto jurídico que, aunque inválido existe siquiera como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos. Esta propuesta no fue acogida por el legislador del Código Civil de 1984 y su inadmisibilidad fue el pretexto para que la doctrina nacional rechazara la figura": ZUSMAN TINMAN, Shoschana y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Anteproyecto Sustitutorio de los Actos Jurídicos. En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980. Tomo II. Págs. 26-27 y p. 67:

La redacción que plantearon los citados autores, a efectos de diferenciar nulidad de inexistencia, fue la siguiente:

"Artículo 24.- Son inválidos los actos jurídicos inexistentes, los nulos y los anulables.

Artículo 29.- El acto jurídico es inexistente cuando:

a) No hay declaración de voluntad;

b) Es jurídicamente imposible la prestación en que consista la obligación creada por él.

Incisos c) y e) del artículo 30.- El acto jurídico es nulo cuando:

c) Se oponga a reglas legales imperativas o prohibitivas, salvo que se establezca una sanción distinta.

e) La ley lo declare nulo".

nulidad³¹². A pesar de ello, existe un sector de la doctrina nacional que sí se muestra renuente a reconocer la diferencia entre un negocio nulo e inexistente³¹³.

Pero más allá de los casos en que estemos frente a un negocio jurídico inexistente y aquellos en los que se constate la nulidad negocial, lo fundamental es

³¹² En este sentido: ZUSMAN TINMAN, Shoshana. Teoría de la invalidez y la ineficacia. En: IUS ET VERITAS. Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Año IV. N° 7. 1993. p. 161; quien sostiene que pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, ésta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal. En sentido contrario encontramos la postura de TABOADA CORDOVA, quien expresa que la aceptación o no de la figura de la nulidad virtual, es de importancia fundamental, pues de ello dependerá que se acepte o rechace la figura de la inexistencia. De esta manera, el referido autor concluye que en el sistema jurídico peruano se acepta plenamente la figura de la nulidad virtual, por contraposición a la nulidad textual o expresa, descartando definitivamente la figura de la inexistencia: TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto Jurídico: Propuestas de Enmienda. En: Los Diez Años del Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional Celebrado en Lima del 12 al 16 de Setiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Primera Edición. W.G. Editor E.I.R.L. Miraflores. 1995. Tomo I, p. 292. Sin embargo, siguiendo a MORALES HERVIAS, “disentimos de tal opinión (nos referimos a la opinión de TABOADA) porque la legislación no es un obstáculo para crear nuevos institutos útiles como protectores de intereses relevantes para la conciencia jurídica. El hecho de que la figura de la nulidad virtual esté normada en el Código Civil italiano, no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia italiana hayan desarrollado dogmáticamente la figura de la inexistencia”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. En: Revista del Foro. Año LXXXVI, N° 1, 1998, Pág. 50.

³¹³ En este sentido: Vidal Ramírez, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico. Primera Edición. Cultural Cuzco SA Editores. Lima, 1985. p. 506; para quien el acto inexistente se confunde desde el punto de vista de sus efectos con el acto nulo y, por lo mismo, carece de objeto complicar las cosas introduciendo una nomenclatura que oscurece el campo legislativo. En la misma línea doctrinaria está RUBIO CORREA, Marcial. La Invalidez del Acto Jurídico Nulidad y Anulabilidad. En: Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1989, Volumen IX. p. 25; quien sostiene que en el Código Civil peruano, la falta de los elementos esenciales del acto jurídico no es causal de inexistencia, sino específicamente de nulidad, a tenor de diversos incisos del artículo 219. Por consiguiente, señala que el Código Civil peruano no opta por reconocer la teoría de la inexistencia del acto: sólo existen la nulidad y la anulabilidad. Los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, en el Perú son de nulidad.

determinar las consecuencias de tal diferenciación. Para un sector de la doctrina, la diferencia fundamental entre invalidez e inexistencia, la encontramos en los efectos jurídicos extranegociales que puede producir el negocio nulo, a diferencia del negocio inexistente o irrelevante: "No queda, pues, otro soporte a la distinción entre nulidad e inexistencia, que el de los limitados efectos extranegociales que es capaz de producir el negocio nulo. Nulidad de la que no se salva el negocio, como es evidente, sino solamente el intento práctico de las partes (que se satisface de manera parcial o imperfecta), efectos que no se producen en los casos de inexistencia"³¹⁴. Esto es lo que se conoce como la producción de efectos indirectos del negocio jurídico nulo.

Esta producción de efectos indirectos del negocio nulo (a diferencia del inexistente), nos lleva a otra distinción fundamental entre ambas instituciones: al juicio de irrelevancia no se le puede aplicar en ningún caso el principio de la "máxima conservación posible de los efectos", por lo que tal posibilidad ha de considerarse conceptualmente excluida de manera absoluta³¹⁵. Por ello, la inexistencia jurídica es aplicable a cualquier hecho jurídico mediante la identificación de su irrelevancia. En cambio, la invalidez es aplicable sólo a los negocios jurídicos por la calificación negativa de un supuesto de hecho jurídicamente relevante. Sobre la base del método sistemático, la doctrina y la

³¹⁴ DE LOS MOZOS. Op. Cit. Pág. 570. Nótese como en este punto central es que debemos distinguir al negocio nulo de inexistente: el primero crea una apariencia que merece ser tutelada en cuanto terceros contratantes de buena fe y a título oneroso confíen en ella; el segundo, en cambio, ni siquiera es capaz de crear la apariencia de un supuesto de hecho negocial, por lo que tratándose de negocios irrelevantes jurídicamente, no merece consideración alguna la tutela de los terceros contratantes. Sobre este punto de la apariencia creada por el negocio jurídico nulo, y la necesidad de tutela cuando se ven vinculados terceros contratantes, volveremos más adelante y de forma más detallada.

³¹⁵BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile*, editado por UTET-Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1987. Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. Tomo I. Volumen 2. Pág. 1028.

jurisprudencia italiana han logrado clarificar tales categorías jurídicas con la finalidad de proporcionar a los privados mecanismos de tutela legal adecuada.

Finalmente, respecto del negocio jurídico nulo, debemos hacer hincapié en la situación de apariencia que es capaz de crear. En efecto, “puede ocurrir que, pese a esa nulidad y a la ineficacia de derecho, se instaure de hecho una situación (o haya quien pretenda instaurarla) según los términos del negocio. Este hecho, parangonable a una situación posesoria no acompañada por el derecho, puede dar lugar a la necesidad (o al interés) de hacer declarar la nulidad, como premisa para hacerse cesar el estado de hecho contrario y poner fin a una perturbación, o bien anticiparse a ella”³¹⁶.

En síntesis, lo que diferencia al negocio jurídico nulo del inexistente, es:

- a. El primero sí produce efectos jurídicos, no en tanto hecho jurídico, sino en cuanto hecho jurídico que posee relevancia jurídica. Estos efectos son denominados en doctrina como “efectos indirectos del negocio jurídico nulo”.
- b. El negocio jurídico nulo sí crea una apariencia que vale la pena tutelar en tanto se encuentren vinculados terceros contratantes que actúen a título oneroso y con buena fe.

³¹⁶ BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. 637-638.

- c. Sobre el negocio jurídico nulo sí es posible aplicar las técnicas de conservación, precisamente porque aquél sirve como base o fundamento de la producción de determinados efectos jurídicos³¹⁷.

3.3. El negocio jurídico nulo sí produce efectos jurídicos

Como ya señalamos previamente, hablamos de la nulidad del negocio jurídico cuando éste no produce *ab origine* e inmediatamente los efectos jurídicos típicos previstos por el Ordenamiento Jurídico y tenidos en cuenta por las partes al momento de celebrarlo, debido a la incorrecta formación y a la vulneración de la estructura del mismo. En cambio, hablamos de la anulabilidad (mal llamada nulidad relativa), cuando el negocio, una vez celebrado, produce los efectos que le son propios, pero deja de producirlos una vez que se pida y se declare la anulación del mismo por haberse formado con vicios en el consentimiento. De allí, que a diferencia de la nulidad, se califique a este tipo de ineficacia como el negocio que “nace gravemente enfermo”.

Ello ha llevado a afirmar a un sector autorizado de la doctrina, que “el negocio nulo debe ser considerado como si nunca hubiera existido, de tal forma que, en rigor, las partes y los terceros pueden prescindir de él, comportándose como si el negocio jurídico no se hubiere realizado nunca”³¹⁸.

³¹⁷ Sobre este punto ahondaremos en el tópico siguiente.

³¹⁸ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Traducción al español de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 202. En el mismo sentido BARBERO, para quien “el negocio nulo, a manera de un nacido muerto, es como si jamás hubiese sido realizado: en calidad de negocio jurídico, bien se lo puede calificar de inexistente”: BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. Pág. 633.

En el mismo sentido se pronuncia un sector de la doctrina nacional, señalando que “en los supuestos de ineficacia originaria el negocio no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto”, mientras que en el caso de los negocios anulables, estos “dejan de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubiera producido por haber nacidos gravemente enfermo³¹⁹.”

Sin embargo, el decir que un negocio jurídico nace muerto, implica no reconocerle ningún tipo de efecto jurídico, lo cual es un grave error en la medida que el negocio jurídico nulo sí produce efectos jurídicos, con la salvedad que los mismos no son los efectos típicos de dicho negocio jurídico, sino efectos indirectos derivados de un hecho jurídico³²⁰.

En otras palabras, y conforme ya señalamos, el negocio jurídico nulo produce efectos jurídicos no en tanto negocio jurídico, sino en cuanto hecho jurídico que posee relevancia jurídica.

Con acierto se ha señalado que “si el negocio nulo, llega a producir, por vía excepcional, otros efectos, no serán estos los propios del negocio, sino efectos secundarios o accesorios (como sucede en el caso de la conversión) o los

³¹⁹ TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. Ob. Cit. Pág. 298.

³²⁰ Para poder sostener y entender esto, primero se debe tener bastante clara la diferencia entre nulidad e inexistencia, por ello en el punto precedente nos dedicamos exclusivamente a dejar en claro la diferencia entre ambas instituciones, así como las consecuencias prácticas que trae consigo.

derivados de la creación de una apariencia jurídica, que a veces será necesario destruir por medio de una acción declarativa”³²¹.

En el mismo sentido se sostiene que “la nulidad hace al negocio destituido *ipso iure* de todo “efecto negocial”; sin embargo, en cuanto “hecho jurídico”, puede dar lugar a otros efectos (resarcimiento de daños, consecuencias penales, nulidad parcial, etc.)”³²². Por ello, la máxima *quod nullum est non producit effectum* ha de entenderse dentro de sus justos límites, porque no es lícito al intérprete considerar el negocio nulo como si fuese un hecho que no se ha realizado. La regla sólo significa, por ello, que el negocio no produce ninguno de los efectos queridos por las partes al adoptar el tipo (compraventa, donación, permuta) correspondientes a ellos, esto es, no producen los efectos que el ordenamiento jurídico liga a este tipo (adquisición de la propiedad). Pero el negocio nulo es susceptible de originar otros efectos (indirectos), como la responsabilidad por daños y perjuicios, o incluso los mismos efectos negociales del tipo, como si fuese válido³²³.

Entonces, cuando se señala que el negocio nulo no produce efectos, debe entenderse que no produce efectos en cuanto negocio jurídico, pero ello no impide que produzca efectos jurídicos de forma indirecta. Por ello “la consecuencia más

³²¹ DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 572. Revisar también: PEREZ GONZALEZ y Alguer. Notas a Enneccerus. En este mismo sentido, en doctrina nacional, LOHAMNN: “Lo dicho hasta aquí, nos da la pauta para volver a insistir en la relatividad del aforismo romano según el cual el negocio nulo nunca produce efectos jurídicos. Relatividad al extremo de que ni la ejecución de la sanción logra evitar del todo la aparición o la persistencia de ciertos efectos extra – negociales o prácticos como los que un negocio válido hubiera podido producir. Inclusive, a veces, para proceder a una justa liquidación de las prestaciones, es necesario considerar como válido el negocio, sólo a los fines de la liquidación”: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. 2ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 1994. Pág. 560.

³²² BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Op. Cit. Pág. 637.

³²³ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. Cit. Pág. 536.

importante de la nulidad una vez declarada, o cuando ésta sea apreciada oportunamente sin previa declaración, es que lo nulo no produce efecto (*“quod nullum est nullum producit effectum”*), de manera que lo que haya sido hecho conforme al acto nulo debe deshacerse, de ahí los efectos restitutorios de lo realizado como consecuencia de un acto nulo (...) Ahora bien, **la nulidad del acto se refiere a los efectos que le son propios, los llamados efectos negociales. Lo que no impide que el acto o negocio nulo pueda producir otros efectos distintos**, como originar responsabilidad por daños. En otro sentido, el acto nulo, unido a la buena, o a la posesión y al transcurso del tiempo puede generar otros efectos, como sucede en el caso del matrimonio putativo y en la usucapión extraordinaria³²⁴ (el énfasis es nuestro).

En consecuencia, no deben quedar dudas de que “en determinados casos el negocio nulo puede surtir efectos jurídicos. Ello constituye una “derogación” de la máxima *quod nullum est non producit effectum*. Tema éste en el que se destaca la radical diferencia entre el negocio nulo y el simplemente inexistente (...) Estos efectos (los del negocio nulo) se basan en la doctrina del *favor negotii*, que descansa en la idea de la conservación de los valores jurídicos. Son ciertamente efectos secundarios, pero negociales; obedecen a la aplicación del principio de la buena fe en su manifestación indicada (*favor negotii*), con el objeto de salvaguardar el intento negocial de las partes en la medida de lo posible, o en defender a una de ellas de la mala fe contraria (resarcimiento) en los supuestos que indicaremos”³²⁵

³²⁴ DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 58.

³²⁵ DE LOS MOZOS. Ibid. Pág. 133-135. En este mismo sentido se pronuncia STOLFI: “La expresión según la cual el negocio nulo no produce efectos para los interesados (*quod nullum est non producit effectum*) no puede tomarse a la letra (...) Tal principio sólo es verdadero en el sentido de que el negocio nulo no produce en concreto ninguno de los efectos que en abstracto podría producir: esto no estorba, por otra parte, que el acto, aún siendo nulo y, como tal, inidóneo para alcanzar el fin querido por los interesados, pueda, e incluso deba, considerarse como un hecho jurídico subsistente por sí, realmente llevado a efecto que no puede destruirse y que debe

De la cita realizada en el párrafo precedente, corresponde detenernos y ahondar en un punto: **El negocio nulo produce efectos jurídicos ya sea para salvaguardar el intento negocial de las partes o para defender a una de ellas de la mala fe contraria.** A esta finalidad (preservar el intento negocial de las partes) contribuyen las denominadas técnicas de conservación de los negocios nulos, las cuales resultan aplicables a los negocios nulos mas no a los inexistentes, con lo que queda demostrado (como se verá a continuación), una vez más, las importantes consecuencias prácticas como consecuencia de diferenciar ambas categorías.

3.4. La aplicación de las técnicas de conservación del negocio jurídico: ratificación de la relevancia del negocio nulo

Una consecuencia de la doctrina del favor negotti, es la aplicación de las técnicas de conservación a los negocios jurídicos nulos³²⁶. La conversión, la nulidad parcial, la adaptación a la legalidad, la sustitución de la parte nula del negocio por lo establecido en la ley y la técnica de la no consideración, son denominadas por la doctrina como técnicas de conservación de los negocios jurídicos nulos.

producir todos los efectos de que sea susceptible como tal. Así, por ejemplo, un contrato de donación contenido en un documento privado no transmite la propiedad pero puede valer como confesión de un hecho desfavorable a una de las partes; un testamento notarial en que no conste la hora en que fue suscrito puede valer como acto público entre vivos en orden al reconocimiento de hijo natural en él contenido, y a su vez, la declaración de paternidad o maternidad, que es nula a efectos de su reconocimiento si resulta, por ejemplo, de un documento privado o carece de firma, puede servir al hijo para pedir alimentos”: STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 83.

³²⁶ Sobre las técnicas de conservación, en sede nacional, se puede ver: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. 2ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 1994. Págs. 580-584.

La pregunta inmediata que corresponde responder es: ¿por qué al negocio jurídico, en determinadas circunstancias, se le aplican técnicas de conservación? Allí va nuestra posición:

Al negocio jurídico nulo se le aplican técnicas de conservación, siempre que se necesario tutelar un interés negocial de los sujetos o cuando el legislador así lo hubiese deseado (voluntad del legislador)

Si al negocio jurídico nulo se le aplican las técnicas de conservación atendiendo al interés de los sujetos, nos encontramos ante cualquiera de las siguientes figuras:

- a) Conversión del negocio jurídico
- b) Nulidad parcial

En cambio, cuando al negocio jurídico nulo se le aplican las técnicas atendiendo a la voluntad del legislador, nos encontramos ante tres distintos supuestos:

- a) La técnica jurídica de ajuste o adaptación a la legalidad
- b) La técnica jurídica de sustitución de la parte nula del negocio
- c) La técnica jurídica de la no consideración.

En todos estos casos, se da prioridad al principio *utile per inutile non vitiatur o utile no debet per inutile vitari*³²⁷ (principio de conservación de los negocios

³²⁷ De este principio general, derivan una serie de máximas planteadas por los jurisconsultos romanos; entre ellas tenemos:

- a) Los actos han de entenderse preferentemente como válidos que como nulos: *actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereat*.

jurídicos). En función a éste, los particulares (autorizados por el sistema jurídico) “desconocen” o “desvían la mirada” ante el defecto estructural que presenta el negocio jurídico, y procuran (por ser de su interés o porque así lo ha deseado el legislador) que éste produzca los efectos que normalmente produciría.

En toda aplicación de las técnicas de conservación, el negocio es protegido o amparado por el sistema jurídico por más que se presente un defecto estructural (es decir, por más que nos encontramos ante una nulidad).

3.4.1. La conversión

La conversión es una figura que no tiene reconocimiento expreso por parte de nuestro ordenamiento jurídico³²⁸, sin embargo, ello no es óbice para analizarla ni mucho menos para poder aplicarla en la vida diaria cuando nos encontremos

-
- b) La interpretación debe hacerse siempre de modo que el acto sea válido: *interpretatio fieri debet semper ut actus valeat*
 - c) Siempre que en las estipulaciones haya una oración ambigua, es lo más conveniente admitir aquello por lo que la cosa de que se trata quede a salvo: *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est accipi quo res, de qua agitar in tuto sit.*
 - d) Siempre que en las acciones o excepciones haya una oración ambigua, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida, que no perezca: *Quoties in actibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, qui res, de qua agitar, magis veleta quam pereat.* (MARÍN PADILLA, Luisa. El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. Útile per inutile non vitiatur. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. Págs. 12-13)

³²⁸ A diferencia del Código Civil italiano, cuyo artículo 1424º señala que: “El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato diverso, del cual contenga los requisitos de sustancia y forma, cuando, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, deba considerarse que éstas lo habrían querido si tuviesen conocimiento de la nulidad”

frente a negocios jurídicos nulos (a pesar de que en la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil, esta posibilidad se encuentre proscrita³²⁹).

Consiste en “un procedimiento integrativo del contenido negocial, que mediante la corrección de calificación jurídica extrae de un negocio ineficaz, perteneciente a una fattispecie o tipo original, un nuevo negocio de una fattispecie o tipo distinto, permitiendo así proteger el resultado práctico perseguido por las partes”³³⁰. Otro sector doctrinal, resalta la excepcionalidad de la conversión, al definirla como “una figura excepcional de subsanación del acto jurídico nulo, en la cual si éste no

³²⁹ “La nulidad absoluta hace, pues, que el acto no produzca los efectos queridos por las partes, pudiéndose llegar a admitir derivación de efectos distintos, como por ejemplo que un acto nulo por carecer de forma prescrita, puede servir de prueba de la intención de las partes. Pero sólo hasta el límite indicado, pues la figura de la conversión no ha sido admitida ni incorporada al código vigente. Por último, el acto nulo, que no puede ser materia de conversión, no admite ningún modo de convalidación y en consecuencia, la nulidad absoluta no puede ser subsanada mediante la confirmación”: Código Civil IV: Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladorea Delia Revoredo de Debaquey. 3ª. Edición. Lima. Perú. 1988. Pág. 332. De más está decir que la exposición de motivos y comentarios (sin ánimo de desconocer su importancia) no constituye un manual de interpretación vinculante u obligatoria sobre las normas del Código Civil para los operadores jurídicos. Si bien contienen un enunciado de las razones que inspiraron al legislador a emitir determinada norma, ello no nos debe llevar a concluir que lo que en ella se diga sea la última palabra ni mucho menos que debamos someternos a la misma. La labor del intérprete consiste en adecuar la norma al presente, aplicarla de la forma más idónea a nuestra realidad, comprender que la evolución de las circunstancias en las que se emiten las normas conlleva – necesariamente – a una evolución en la interpretación de aquellas. No hay sustento jurídico alguno para encasillar al intérprete a lo establecido en la exposición de motivos. Aquél únicamente se encuentra vinculado a la norma; la forma cómo la interpreta y aplica, es un tema de argumentación y criterio, mas no de lo que se haya establecido en tal exposición de motivos. En consecuencia, el que la exposición de motivos diga que la conversión del negocio nulo se encuentra proscrita, no es óbice para que los particulares se puedan valer de tal figura si es que lo consideran conveniente para sus intereses.

³³⁰ PALACIOS MARTINEZ, Eric. La conversión y la nulidad del negocio jurídico. ARA Editores. Lima. 2002. Pág. 85. Por su parte, y en términos bastante claros, BETTI nos dice que la conversión consiste “en una corrección de calificación jurídica del negocio, o sea, en estimarlo como negocio de tipo distinto a aquel que fue realmente celebrado (...). En lugar de un efecto negativo, divergente respecto a la normal intención práctica de las partes, tratamos de un efecto que sea conforme a tal intención e idónea para realizarla”: BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Op. Cit. Pág. 435.

reúne los requisitos de validez de un tipo legal o de una forma solemne, y reúne los de otro, valdrá como este último”³³¹

Por otro lado, los requisitos para que se pueda dar la conversión de un negocio jurídico nulo son:

- a) El negocio jurídico nulo, al convertirse en otro, debe aportar los elementos sustanciales que se requieren para el nuevo.
- b) La conversión debe realizarse entre las mismas partes que celebraron el negocio nulo.
- c) Que haya voluntad de conversión manifestada de manera expresa o tácita pero de forma indubitable.
- d) Que la voluntad de las partes habría querido los efectos del negocio jurídico nuevo si hubiesen sabido que podría resultar nulo el negocio que habían celebrado³³².

³³¹ “Esta conversión se llama **sustancial**, en contraposición de la **legal**, que incluso puede operar en contra de la voluntad de las partes (como sucede en el artículo 1829 c.c., el contrato no vale como depósito; pero sí como de comodato o mutuo, según sea el caso). También se contrapone a la **conversión formal**: mientras que la conversión sustancial determina una radical transformación de la causa, la formal se limita a conservar, sin alterar el perfil causal, el negocio que, no obstante está afectado por vicios formales, produce igualmente, aunque a través de requisitos de forma menos rigurosos, sus efectos típicos”: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico negocial. Ob. Cit. Pág. 597. Para un análisis de las distintas formas en que pueda darse la conversión de los negocios jurídicos nulos (léase conversión legal, sustancial, formal), ver: DI BONA, Laura; DE CICCIO, Cristina; FERRONI, Lanfranco y VILELLA, Aquila. Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali. Giuffrè. Milano. 1998.

³³² DE LOS MOZOS, José Luis. “De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico”. En: Revista de Derecho Privado. Año Nº 85. Mes 7-8 (Julio-Agosto). 2001. Págs. 545-553; DE LOS MOZOS, José Luis. La conversión del negocio jurídico. 1ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 100.

3.4.2. La nulidad parcial

La nulidad parcial³³³ consiste en extirpar del acto o negocio jurídico la parte nula y conservar lo demás, siempre que el resto tenga entidad propia y satisfaga suficiente y equilibradamente los intereses de las partes, de acuerdo con su voluntad y según las exigencias de la buena fe³³⁴.

La nulidad parcial se encuentra reconocida por diversos sistemas jurídicos adscritos a la familia romano germánica, entre ellos el Codice Civile italiano y el BGB alemán.

En Italia, el artículo 1419 del Código Civil dice textualmente:

“La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de la singular cláusula supone la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo hubieran concluido sin aquella parte de su contenido afectada de nulidad.

*La nulidad de la singular cláusula no supone la nulidad del contrato, cuando la cláusula nula es sustituida de pleno derecho por norma imperativa”*³³⁵

³³³ Para PACCHIONI, además de la nulidad y anulabilidad, había una “tercera figura o categoría intermedia”, a la que llamaba “nulidad relativa o nulidad de orden público”, que vendría a ser lo que nosotros denominamos nulidad parcial. Se trataría, a criterio del citado autor, de un “tercer tipo de invalidez, cuyos límites están lejos de ser precisos y que han dado lugar a muchas controversias y a un peligroso arbitrio judicial”: PACCHIONI, G. Diritto Civile italiano. Vol. II. Dei contratti in generale. Milán. 1939. 3ª. Edición. Pág. 191.

³³⁴ PALOMOQUE LOPEZ, M.C. La nulidad parcial del contrato de trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. 1975. Pág. 103.

³³⁵ Para la doctrina italiana, los dos párrafos del artículos 1419, se refieren a la nulidad parcial: una basada en la voluntad de las partes y otra legal. Al respecto: CRISCUOLI, Giovanni. La nullità

Por su parte, el BGB, regula la nulidad parcial de la siguiente forma:

“Si una parte de un negocio jurídico es nulo, el negocio jurídico es nulo en su totalidad, cuando no se hubiera querido sin la parte nula”.

Por la forma como está regulada la nulidad parcial en el BGB, ésta es la excepción y la nulidad total la regla, a diferencia del Codice Civile italiano, donde la regla es aplicar la nulidad parcial.

3.4.3. Ajuste o adaptación a la legalidad de los negocios nulos

Mediante la técnica de ajuste o adaptación a la legalidad de los negocios jurídicos que traspasaron los límites legales establecidos, también se propende a la conservación de aquellos.

Como manifestación de esta técnica, encontramos aquella disposición del Código Civil español según la cual “si a pesar de la ley el donante diera y el donatario recibiera más de lo que pueda dar o recibir por testamento, esa donación será inoficiosa en todo lo que exceda dicha medida”. Similar regulación encontramos en el artículo 1629º CC según el cual “nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede dar disponer por testamento. La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida”. Es decir – en la línea del principio general de conservación del negocio jurídico - la donación permanece válida y eficaz, pero deberá reducirse en cuanto al exceso. Esta es un ajuste de tipo cuantitativo.

parziale del negozio giuridico. Teoria generale. Editoriale Giuffrè. Milán. 1959. Pág. 131) Con dicha afirmación, se incluyen dentro de la nulidad parcial, las restantes técnicas jurídicas.

Pero esta técnica también es posible de ser aplicada en cuanto a los límites temporales establecidos frente a la libertad contractual. Así por ejemplo, el artículo 993° CC establece la nulidad del pacto de indivisión que exceda de 4 años. Por su parte, el artículo 1001° CC señala que no podrá constituirse a favor de una persona jurídica usufructo por un plazo mayor a los 30 años. En estos casos, si bien el CC no manifiesta la consecuencia en caso de inobservancia de tales normas, está claro que corresponde aplicar la técnica de ajuste o adecuación a la legalidad.

No obstante, nosotros consideramos que esta técnica no es otra cosa que la aplicación de la nulidad parcial, pues todo depende de si las partes pactaron como fundamental la cláusula que vulnera o transgrede los límites temporales o cuantitativos establecidos por el CC.

3.4.4. Técnica de la sustitución de la parte nula

Otra de las manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico, es la sustitución de la parte nula del negocio jurídico por lo establecido en la ley, por la cual se mantiene válido automáticamente el negocio jurídico en parte nulo, mediante la sustitución automática de esa parte nula por lo dispuesto en la ley.

Una buena aplicación de esta técnica lo encontramos en la segunda parte del artículo 1419 del CC italiano, así como en el artículo 1 del Reglamento de la L.A.R. español, según el cual:

“Las cláusulas contra legem se tendrán por no puestas y serán sustituidas por las disposiciones legales que la regulan”.

Similar norma encontramos en nuestro Código Civil, cuyo artículo 1399º establece que *“en los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”*

Esta técnica también parecería poder ser absorbida dentro de la nulidad parcial. Así, “para un parte considerable de la doctrina, la nulidad parcial es un fenómeno jurídico amplio que comprende todas las técnicas jurídicas que se han señalado, así que no es de extrañar que se diga que la técnica jurídica sustitutiva es una especie de nulidad parcial de sustitución ope legis³³⁶; o que hay que distinguir entre una nulidad parcial como concepto y los efectos de la nulidad parcial, mediante una integración correctiva del contenido del negocio jurídico, que produce la sustitución coactiva de carácter excepcional³³⁷; o que estamos ante una nulidad parcial obligatoria³³⁸ o ante una nulidad parcial seguida por un fenómeno de integración³³⁹

³³⁶ HERNANDEZ GIL. Derecho de las obligaciones. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial Ceura. Madrid. 1985. Pág. 255.

³³⁷ GOMEZ MARTINEZ, Faerna. “La nulidad parcial de los negocios jurídicos”. En: Estudios de derecho privado. Director Martínez Radio. Madrid. Pág. 351.

³³⁸ CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio jurídico. Ediciones Aguilar. Madrid. 1956. Pág. 609.

³³⁹ GARCIA AMIGO, Manuel. Institución de Derecho Civil. Parte General. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1979. 839; GARCIA AMIGO, Manuel. Condiciones generales de los contratos. Revista del derecho privado. Madrid. 1969. Pág. 270.

Sin embargo, “el querer explicar la técnica jurídica substitutiva como un caso de nulidad parcial, ha traído muchos problemas a la doctrina, que ha tratado de salvarlos con la creación de una nulidad parcial voluntaria y otra legal y obligatoria. No se puede confundir el supuesto de hecho del que parten todas las técnicas jurídicas empleadas por el principio de conservación, es decir el hecho de que el negocio jurídico sea en parte nulo, con la nulidad parcial. En la técnica jurídica substitutiva, sólo es correcto emplear la expresión nulidad parcial, si con ella sólo nos estamos refiriendo al supuesto de hecho del que partimos; no podemos confundir el supuesto de hecho con la técnica jurídica aplicada en cada caso”³⁴⁰

En el mismo sentido CRISCUOLI, para quien la substitución es un medio técnico especial establecido por el ordenamiento jurídico para la consecución de sus fines; el instrumento más seguro y menos incómodo para su consecución. La nulidad parcial y la substitución, son dos fenómenos antológicamente distintos, pero conexos y complementarios; la substitución no tiene como fin sanar el negocio jurídico, sino reconducirlo a la órbita de la legalidad”³⁴¹ (pág. 160)

3.4.5. Técnica de la no consideración

Finalmente, encontramos la técnica de la no consideración, la cual, al igual que todas las técnicas anteriores, tuvo su origen en el derecho romano, en el campo de los elementos accidentales del contrato, así como las condiciones imposibles, ilícitas e ilegales en los testamentos.

³⁴⁰ MARÍN PADILLA, María Luisa. El Principio General de Conservación de los Negocios Jurídicos. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. Pág. 159.

³⁴¹ CRISCUOLI, Giovanni. Op. Cit. Págs. 125 y ss.

Según esta técnica, deben considerarse nulas únicamente las estipulaciones que dependan de una condición imposible, ilícita e ilegal, conservando con vida las demás estipulaciones de acuerdo con la voluntad de las partes contratantes. Es decir, las condiciones imposibles, ilícitas e ilegales anulan la estipulación que de ellas dependa.

Así mismo, según esta técnica, las condiciones imposibles e ilícitas establecidas en las disposiciones testamentarias, se tienen por no puestas.

Todas estas instituciones (conversión, nulidad parcial, ajuste a la legalidad, sustitución de la parte nula y la técnica de la no consideración) implican el reconocimiento de la relevancia jurídica al negocio (contrato) nulo, en la medida que tal relevancia es la base para que tales técnicas puedan ser aplicadas. Si el negocio nulo fuese un “fósil” o como prefieren decir algunos, si naciera muerto, no serviría ni siquiera como una base sobre la cual puedan aplicarse las técnicas de conservación.

4. La anulabilidad

4.1. Cuestiones preliminares

Nuestro Código Civil – al igual que en el caso de la nulidad - no define qué es la anulabilidad, pero sí contiene una norma a partir de la cual se puede llegar a conceptualizarla.

Así, el artículo 222º CC establece que *“el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley”*

De acuerdo con el artículo 222º CC, el negocio anulable produce desde un inicio sus efectos típicos, pero puede ser anulado con efecto retroactivo por la parte en cuyo interés la anulabilidad ha sido establecida por la ley³⁴².

Siguiendo el texto expreso de la norma, resulta un tanto complejo comprender cómo es que el negocio de *fattispecie*³⁴³ viciada puede producir inmediatamente sus efectos, sin perjuicio de perderlos enseguida, y retroactivamente.

Para explicar ello, la doctrina ha recurrido a una serie de argumentos. Así, se ha recurrido a la idea de la división de la *fattispecie*³⁴⁴, otros se han amparado en una

³⁴² Equivalente es la prescripción del Código Civil italiano (principal modelo legislativo de nuestro Código vigente, en la parte relativa al acto jurídico), cuyo artículo 1441º establece que: “La anulación del contrato podrá ser demandada únicamente por la parte en cuyo interés ha sido establecida por la ley”.

³⁴³ El supuesto de hecho, traducción al español del término “fattispecie”, ha sido definido por autorizada doctrina alemana como “el conjunto de requisitos precisos para que se produzca un efecto jurídico (nacimiento, extinción o modificación de una relación jurídica). Entre supuesto de hecho y efecto jurídico existe la relación de fundamento y consecuencia. Esto conduce a una división del supuesto de hecho, de suerte que cabe distinguir entre el supuesto de hecho conjunto, que como concepto más estricto, es el fundamento del efecto jurídico, y los simples presupuestos para que concurren los efectos. Así ocurre, en particular, en el supuesto de hecho negocial”: LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Volumen I. Pág. 195.

³⁴⁴ Propuesta por MANICK, voz: “Unwirksamkeit”, citado por SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004. Pág. 510, para quien sólo una parte de la fattispecie es válida, mientras que la otra se mantiene inválida. Por ello (sostiene MANICK) gracias a la parte válida de la fattispecie es que el negocio anulable puede producir plenamente efectos jurídicos, mientras no sea declarada su nulidad. No obstante, como bien replica SCONAMIGLIO, “no basta reconocer que aquí es válida sólo una parte de la fattispecie (lo que según la teoría de Manick es indudablemente exacto), sino

ficción legislativa³⁴⁵, para algunos se trata (la anulabilidad) de una figura intermedia entre la validez y la invalidez³⁴⁶, otros la conciben no como un supuesto de invalidez, sino de ineficacia³⁴⁷; incluso hay quienes consideran a la anulabilidad como una subespecie de la nulidad³⁴⁸ o quienes niegan que se trate de una figura autónoma de invalidez^{349 350}.

que es necesario explicar, justamente, cómo es que puede valer de por sí una parte de la fattispecie, cuando es ésta la que debería realizarse por entero”.

³⁴⁵ Así lo propone RUBINO, Doménico. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Edizioni Scientifiche Italiane. 1978. Pág. 95, para quien la anulabilidad es una especie de invalidez condicionada.

³⁴⁶ Participa de esta idea STOLFI, quien sostiene que la anulabilidad “se trata de un estadio intermedio entre los actos válidos “qui habent sua essentialia” y los nulos “qui deficiunt suis essentialibus”: STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 95.

³⁴⁷ LUCARELLI, Francesco. *Lessione d'interesse e annullamento del contratto*. Giuffré Editore. Milano. 1964. 310 Págs. Para un resumen de la tesis del autor, recomendamos ver: HUIDOBRO, Carlos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 454. Mayo. 1966.

³⁴⁸ Cfr. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, y MEYER, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, citados por SCONAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Op. Cit. Pág. 511. El primero opina que se trata de nulidad pendiente o sucesiva; mientras que para el segundo el negocio anulable es sólo aparentemente válido, por lo cual, destruida dicha apariencia (mediante la anulación), se revela nulo.

³⁴⁹ Lo cual también es un error, como ya ha sido sostenido por doctrina autorizada: “(...) no es tampoco justificado la tentativa de negar que la anulabilidad constituya una autónoma figura de invalidez. La disciplina normativa de la anulabilidad es ciertamente distinta respecto a aquella de la nulidad, caracterizada principalmente por la necesidad de la iniciativa de parte interesada, por la prescripción de la acción, por la posibilidad de convalidación del contrato. Aspectos de esta disciplina pueden cambiar, ampliando el círculo de los interesados, o impidiendo la prescripción, pero esto no impide que la distinción permanezca firme”: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il Contratto*. Giuffré Editore. Milano. 1987. Pág. 604.

³⁵⁰ También resulta deleznable la postura según la cual el negocio anulable es un negocio afectado desde su nacimiento por la nulidad, empero subsanable por el transcurso del tiempo. Afirmar ello es un error, no sólo por lo incoherente que resulta sostener que un vicio estructural del negocio pueda ser subsanado por el transcurso del tiempo (por ello lo correcto es plasmar legislativamente la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad), sino también porque se llegaría al absurdo de consentir a la parte afectada en hacer valer su derecho a la nulidad después que el acto haya sido convalidado. Sobre la forma cómo repercute la prescripción de la “acción” de nulidad sobre los negocios jurídicos nulos, se puede consultar: PASCO ARAUCO, Alan. “Implicancias de la prescripción de la “acción” de nulidad sobre los negocios jurídicos nulos. A propósito de la

Una opción que intente explicar a cabalidad la figura de la anulabilidad, sería desconocer la invalidez misma del negocio anulable, y asumir que se trata de un negocio válido al inicio, pero que pierde enseguida su validez una vez emitida la sentencia que declara su nulidad³⁵¹. El problema es que sostener esto, atenta contra la realidad jurídica³⁵² así como contra el texto expreso del artículo 222º CC.

En efecto, una muestra de que sobre el negocio anulable no se puede plantear su validez, es el hecho de que tal negocio pasa a ser NULO por acción de la parte legitimada por la ley (como resultado de la retroactividad de la anulación

Casación Nº 1519-2006-ICA”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Nº. 138. Marzo. 2010. Págs. 127-144.

³⁵¹ El BGB, en su exposición de motivos, concibe precisamente a la anulabilidad como una validez condicionada: “El negocio jurídico anulable se encuentra bajo una condición legal resolutoria, cuya producción tiene efecto retroactivo en virtud de una disposición especial”: FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Tomo Segundo. Traducción de José María Miquel González. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 1998. Pág. 654. Similar es el planteamiento de TRABUCCHI, para quien la anulabilidad “produce una especie de situación de incertidumbre, pendencia o suspensión a que queda afecto el negocio hasta tanto no haya prescrito la acción de anulabilidad”: TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 203.

³⁵² En efecto, la consideración de la inmediata producción de los efectos “del negocio anulable”, ha **inducido a algún autor a negar la invalidez del negocio anulable**: Cfr. MESSINEO, Francesco. “Annullabilità e Annullamento”. En: Enciclopedia del Diritto. Tomo II. Giuffrè Editore. Pág. 470, quien sostiene que si bien “se suele decir que el negocio anulable es inválido y que la anulabilidad es una de las formas de invalidez, la verdad es que el negocio anulable es válido: tanto que si, en hipótesis, transcorre inútilmente el término para el ejercicio de la acción de anulación, el negocio permanece válido, sin que el interesado haya tenido que hacer algo para convertirlo en tal”. Sin embargo, se ha dicho que “esta tesis constituye uno de los resultados de la postura rigurosamente normativista, tendente a explicar también el contrato sobre el plano de la fattispecie. Si el contrato es productivo de efectos, entonces podría decirse que el supuesto de hecho contractual está íntegro, es decir, que están presentes todos los elementos in presencia de los cuales la ley da efectos al contrato.

Semejante posición se revela, sin embargo, del todo insuficiente a efectos de comprender las diversas situaciones del contrato definitivamente eficaz y del contrato que por una carencia propia es susceptible de anulación. Antes de la sentencia de anulación, esta calificación de inválidos es ya una realidad actual del contrato anulable, que se constata con la posibilidad de que parte tutelada se niegue a ejecutar su propia prestación”: BIANCA, Massimo. Diritto Civile III. Op. Cit. Pág. 603-604.

establecida por el artículo 222º CC, según el cual el acto anulable **es nulo desde su celebración** por efecto de la sentencia que así lo declare), y no sólo es privado de sus efectos (si al negocio anulable sólo se le privara de sus efectos, no habría ningún inconveniente con sustentar su validez, tal como sucede con la resolución).

Otra posibilidad sería reducir la anulabilidad a una especie de ineficacia sucesiva³⁵³. Esta opción, si bien es conforme con la realidad jurídica y el artículo 222º CC en lo tocante al reconocimiento de la invalidez del negocio anulable, trae consigo un problema que no es posible pasar por alto: no logra realizar una adecuada separación de la distinta figura de la ineficacia sucesiva.

Por ello, desde nuestro particular punto de vista, no hay dudas que en el caso del negocio anulable estamos ante un supuesto de invalidez; no obstante, es una invalidez que se caracteriza precisamente por la precariedad de sus efectos, en tanto estos pueden ser “*destruidos*” retroactivamente en virtud de una declaración de nulidad³⁵⁴.

³⁵³ Como efectivamente lo hacen: ALLARA, Mario. La teoria generale del contratto. 2ª. Edizione. Editori Giappichelli. Torino. 1955. Pág. 40; FEDELE, Alfredo. La invalidità del negozio giuridico di diritto privato. Editori Giappichelli. Torino. 1943; MESSINEO, Annullabilità e Annullamento. Op. Cit., quien sostiene que “el negocio anulable es provisoriamente válido o, en otras palabras, tiene una validez condicionada resolutivamente; esto en el sentido que ejercitada victoriosamente la acción de anulación, el negocio deviene nulo”.

³⁵⁴ “Ley y doctrina distinguen el negocio nulo del negocio anulable. Una postura, hoy en abandono, diferenciaba ambas figuras en función a los vicios: la falta de un elemento esencial del acto daría lugar a la nulidad, mientras que el acto sería anulable si uno de los elementos esenciales está viciado. Esta distinción no es clara. **Hoy se prefiere definir, correctamente, al acto anulable como aquel que produce precariamente sus efectos típicos**, pero puede ser reconducida a la nulidad por un acto sucesivo, que normalmente será la sentencia judicial precedida de la demanda de la parte legitimada. Interviene así, en la idea misma de anulabilidad, el elemento de la provisional o precaria eficacia del negocio (y por tanto, la naturaleza constitutiva de la sentencia judicial de anulación)”: SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Privato. Diretto da Pietro Rescigno. Tomo Secondo. Obbligazioni e contratti. UTET. 1982. Pág. 489. En el mismo sentido se ha dicho

4.2. Concepto

Como ya sido debidamente analizado en la primera parte del presente capítulo, la invalidez no consiste en la pura irrelevancia, es decir, en la falta de realización del negocio, sino en una negación de ella; o más claramente, en una fuerza negativa que se opone a la positiva, que está constituida por la relevancia del negocio como acto de autonomía. Esta consideración se aclara mejor si se tiene en cuenta la perspectiva que distingue entre el plano de la existencia del negocio y el plano de su validez, y de la cual ya se hizo referencia con anterioridad.

Ahora, teniendo en consideración – como también ya se indicó – que la invalidez ocupa un puesto central en la teoría de los remedios contractuales, puesto a disposición de los sujetos contratantes para permitirles liberarse del vínculo contractual o poner en discusión los efectos del contrato cuando éste presente algún defecto, no cabe la menor duda de que anulabilidad constituye precisamente una forma de invalidez.

Esto se ve corroborado si es que se tiene en cuenta que la sentencia que se pronuncia sobre el negocio anulable, declara su irrelevancia negocial desde el momento mismo de su celebración, lo cual en buena cuenta quiere decir que por efecto de la sentencia judicial anulatoria, el negocio anulable carece de relevancia negocial y por ello es inválido desde que fue celebrado; y el hecho de que pueda

que “a diferencia del contrato nulo, el contrato anulable es provisoriamente productivo de sus efectos, pero es susceptible de ser convertido en ineficaz mediante una sentencia de anulación”: BIANCA, Massimo. Diritto Civile III. Il Contratto. Op. Cit. Pág. 603.

producir efectos precarios en tanto no sea declarada su nulidad, en nada resta el que nos encontremos ante una típica forma de invalidez³⁵⁵.

Habiendo quedado claro que la anulabilidad constituye un típico caso de invalidez, resta por valorar la anulabilidad en relación con el fundamento que la justifica, es decir, con las razones que sirven para explicar este tipo de invalidez.

Para determinar ello no sirve de mucho recurrir a la opinión según la cual la invalidez (en el negocio anulable) está destinada a proteger el interés privado, a diferencia de la nulidad, donde lo que se tutela es un interés general, y por ello la amplia legitimidad para accionar, consagrada por el Código Civil. Y decimos que no sirve de mucho, porque el criterio del interés puede, en todo caso, justificar la distinción entre nulidad y anulabilidad³⁵⁶, y por lo tanto, puede justificar la figura de la anulabilidad desde un punto de vista práctico, pero no permite, por sí sólo, su precisa delimitación³⁵⁷. En otras palabras, “cuando se afirma que la función de la anulabilidad consiste en proteger el interés privado, no se determina, ciertamente, el concepto de esta figura: pero, por otro lado, tampoco se identifica exactamente su función- que es a lo que aquí se pretende arribar – porque la distinción entre

³⁵⁵ “En efecto, como el negocio anulable es un negocio inválido, aunque produce sus efectos mientras no se pronuncia la anulación, se comprende que, en principio, la declaración de anulación tenga carácter retroactivo, es decir, que anule el negocio no sólo para el futuro, sino también para el pasado (...): PASARELLI, Santoro. *Doctrina Generales del Derecho Civil*. Traducción de Luna Serrano. Editorial Revista de derecho Privado. Madrid. Pág. 314.

³⁵⁶ Para un análisis práctico de las diferencias entre nulidad y anulabilidad, de conformidad con lo establecido en nuestro Código Civil, recomendamos ver: TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, Negocio jurídico y contrato*. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2002. Págs. 319-329.

³⁵⁷ Para FLUME la esencia de la anulabilidad radica precisamente en el interés privado que se tutela; es decir, la esencia “consiste en que al legitimado para impugnar le corresponde decidir sobre la validez o invalidez del negocio jurídico”: FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Op. Cit. Pág. 654.

interés privado y público (respecto de los intereses protegidos jurídicamente) es una de las más vagas e inciertas que se puedan concebir”³⁵⁸

Desde nuestro punto de vista, la anulabilidad consiste en una invalidez (esto es, en una medida dispuesta por el legislador contra el negocio no conforme al derecho, capaz de atacarlo en su relevancia) que tiene la peculiaridad de presentarse bajo una especie notablemente atenuada³⁵⁹; precisamente, la diferencias de régimen entre nulidad y anulabilidad, son consecuencias naturales del distinto carácter de las dos formas de invalidez. Es por ello que el negocio anulable puede producir efectos jurídicos precarios en tanto no sea declarada su nulidad³⁶⁰.

4.3. Los efectos precarios del contrato anulable

Existe una gran diferencia entre los negocios anulables y los negocios nulos: estos son totalmente improductivos de sus efectos típicos desde su origen y el pronunciamiento de nulidad se limita a verificar dicho fenómeno (la sentencia es declarativa); el negocio anulable, en cambio, produce sus efectos típicos, así estos puedan ser removidos con eficacia retroactiva, cuando media un pronunciamiento

³⁵⁸ SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 514.

³⁵⁹ En efecto, “la distinción entre nulidad y anulabilidad, responde a una gradación de la invalidez”: BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 410.

³⁶⁰ A tal punto la anulabilidad es una forma atenuada de invalidez, que “es la figura de invalidez que más se avecina a la ineficacia subsiguiente mediante reacción del interesado. Tanto que algunas veces, en el tratamiento de las anomalías del negocio, es sustituida por la sanción afín de la resolubilidad (así, en el defecto de legitimación que se produce en la venta de cosa ajena), o por aquella, igualmente próxima, de la rescindibilidad (así, para el estado de peligro determinante de la conclusión del contrato): BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 412.

de anulación. Por tanto, los efectos, como ya señalamos, se dicen precarios, provisionales, inestables o interinos³⁶¹, y la decisión judicial es constitutiva³⁶², en cuanto modifica la realidad jurídico, haciendo nulo el negocio y eliminando sus efectos, por lo menos entre las partes, a partir de la fecha en que el negocio se celebró³⁶³.

Así, el negocio anulable, eficaz hasta una eventual decisión de anulación, en fuerza de tal pronunciamiento pierde eficacia retroactivamente.

Un ejemplo sobre la forma cómo el negocio anulable produce efectos denominados “precarios” o “interinos”, sería el siguiente:

Imaginemos un negocio de compraventa anulable. Como ya dijimos, el acto, si bien inválido, produce sus efectos típicos (aunque precariamente), por lo cual el adquirente se ha convertido en propietario del bien. Supongamos ahora que siendo el adquirente el legitimado para ejercitar la acción de anulación, dejó prescribir su derecho. Si el acto no fue saneado (es decir, no fue confirmado), él podrá oponerse en cualquier momento al pago del precio, pero, a la vez, no podrá

³⁶¹ “(...) la anulabilidad, mientras dura, da lugar a una figura de negocio precario”: BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 417. Si bien el citado autor hace alusión a “negocio precario”, lo exacto es entender por tal a los “efectos precarios”.

³⁶² “De la inidoneidad del contrato nulo y la idoneidad del contrato anulable, se deriva el que la sentencia que pronuncia la nulidad sea declarativa en cuanto constata una situación que ya venía dándose, mientras que la sentencia de anulación es constitutiva porque priva de efectos al contrato y, por tanto, crea una situación nueva (...)”: CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte Generale. Seconda edizione. Giappichelli Editore. Torino. Pág. 260.

³⁶³ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. “Derecho Civil”. “Hechos y actos jurídicos”. Op. Cit. Pág. 1047.

exigir la entrega del bien, si es que quiere evitar confirmar tácitamente el negocio³⁶⁴.

Ahora bien, el hecho de que el adquirente resulte propietario y que al mismo tiempo no pueda recibir el bien adquirido sin confirmar el negocio, sirve para demostrar la “precariedad” peculiar de la eficacia del negocio anulable, o sea su inidoneidad para fundamentar una actividad de ejecución.

Debe tenerse en cuenta que esta es la única posibilidad en la que se puede hablar de “*precariedad de los efectos*”, por cuanto si la parte afectada y por ende interesada en solicitar la anulación del negocio, ejecuta voluntariamente y con conocimiento de causa la prestación a su cargo (prestación nacida del negocio anulable) o exige a su contraparte la ejecución de la suya, entonces el negocio habrá quedado plenamente confirmado³⁶⁵ y por ello los efectos ya no podrán ser calificados de “precarios”, sino más bien de definitivos, de conformidad con lo establecido en los artículo 231º CC.

³⁶⁴ En efecto, el artículo 231 CC establece claramente que “el acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, **o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad**”, supuesto este último que se presentaría cuando la parte legitimada para demandar la anulación del negocio anulable, exige a su contraparte la ejecución de la prestación a su cargo.

³⁶⁵ Es por ello que incurre en un error quien sostiene que en aplicación del principio de eficacia retroactiva de la anulación del negocio anulable, corresponde que cada una de las partes contratantes restituya lo que hubiese recibido y exija la devolución de aquello que hubiese entregado: STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 99. Como ya señalamos, la sola ejecución (voluntaria) por parte del perjudicado, de las prestaciones nacidas del negocio anulable, constituye una confirmación tácita de tal negocio, por lo que éste ya no podrá ser declarado nulo. Por ello, lo correcto es señalar que “la sentencia de anulación tiene eficacia retroactiva, por lo que si las prestaciones ya fueron ejecutadas (en condiciones que no permitían entender tal ejecución como una convalidación tácita del negocio), se las ha de restituir según las reglas de la repetición del pago de lo no debido”: BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Op. Cit. Pág. 1049.

Es correcta, por ende, la solución adoptada por el legislador en dicho artículo, pues de esta forma se evitan conductas contradictorias y contrarias a la buena fe de los sujetos contratantes, como podría suceder cuando luego de celebrado un negocio de compraventa mediante violencia, la parte afectada (compradora del bien) entra voluntariamente en posesión del inmueble y, del mismo modo, paga el precio de venta; no obstante luego de un tiempo interpone demanda de nulidad, pretendiendo que tal compraventa anulable (que en realidad ya fue confirmada por actos concluyentes o conducta social típica de las partes) sea declarada nula desde el momento de su celebración. En esto radica el acierto del referido artículo 231° CC, el cual, valgan verdades, es una copia casi textual del artículo 1444° del Codice Civile italiano de 1942³⁶⁶.

Entonces, debe quedar claro que cuando se habla de efectos precarios del negocio anulable, se hace alusión a los efectos que el negocio produce en tanto no haya sido confirmado (expresa o tácitamente) por la parte interesada, así como en tanto no exista una sentencia constitutiva que establezca la nulidad retroactivamente desde el momento de su celebración

Esta retroactividad “implica en las relaciones entre las partes que todo ha de reintegrarse al estado en que se hallaba antes de la formación del acto: por consiguiente, si el negocio no ha sido todavía ejecutado, ninguno de los sujetos puede reclamar ni está obligado a entregar nada al otro”³⁶⁷. Sin embargo, aquél

³⁶⁶ Artículo 1444° del Codice Civile.- “El contrato anulable podrá ser confirmado por el contratante a quien corresponda la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de anulabilidad y la declaración de que quiere confirmarlo. El contrato quedará también confirmado si el contratante a quien correspondía la acción de anulación lo hubiere ejecutado voluntariamente conociendo el motivo de anulabilidad”.

³⁶⁷ STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 99.

que era consciente de la causa de anulación del negocio, deberá resarcir el daño a la parte afectada con tal declaración de nulidad³⁶⁸.

5. Los efectos de la invalidez entre las partes contratantes y respecto de los terceros

Habiendo quedado claro que el negocio jurídico sí produce efectos jurídicos, corresponde analizar las consecuencias que una declaración de nulidad (en el caso de los contratos nulos) o una sentencia anulatoria (en el caso de los anulables) produce en nuestro sistema jurídico, de acuerdo con las normas vigentes.

5.1. Efectos respecto de los contratos nulos

Como ya se ha dicho en el capítulo precedente, la invalidez de un contrato genera consecuencias no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros; efectos que muchas veces – en la mayoría de ellos – vulneran derechos legítimamente adquiridos por ellos.

Debemos partir por señalar que el modo de operar de la nulidad es automático: la sentencia que la pronuncia es declarativa, porque se limita a reconocer y declarar

³⁶⁸ Precisamente por ello resulta un error lo prescrito por el artículo 207° CC (según el cual la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes), toda vez que no hay motivo alguno para proteger de una indemnización a aquella parte contratante que celebró un negocio anulable conociendo el vicio de la voluntad que se presentaba en tal negocio, y a pesar de ello calló y prefirió la celebración del negocio. Para una crítica puntual a este artículo, recomendamos ver el interesante trabajo de ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. El caso del artículo 207 del Código Civil peruano”. En: Themis. Revista de Derecho. N° 49. Págs. 153-160.

una situación jurídica preexistente³⁶⁹. La tesis, no discutida por los intérpretes, encuentra sostén normativo en la fórmula del artículo 220° CC, según el cual la nulidad será “declarada” por el Juez.

En cuanto a los efectos entre las partes y frente a terceros, siempre correspondería la retroactividad de las cosas anterior a la contratación nula. Es decir, todas las adquisiciones y transferencias económicas derivadas del contrato declarado NULO deberían retrotraerse, como si nunca hubiesen existido.

Sobre esto se ha dicho que “la declaración de nulidad se producirá *ex tunc* (es decir, hacia el pasado) y arrastrará tras de sí toda la cadena de actos, o de efectos, que se apoyen en el acto nulo (ineficacia propagada o en cadena³⁷⁰, deteniéndose solamente respecto de los terceros de buena fe³⁷¹

En el mismo sentido se ha dicho que el hecho que la sentencia de nulidad sea declarativa, tiene una ulterior consecuencia, o si se prefiere, puede expresarse también de otro modo: la nulidad opera retroactivamente. Precisamente porque la nulidad opera en modo automático desde el inicio, los efectos del contrato son cancelados *ex tunc*; es decir, como si no se nunca producido nunca³⁷².

³⁶⁹ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1ª. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 798.

³⁷⁰ DIEZ PICAZO, Luis. Estudios de Derecho Privado. Ob. Cit. Pág. 477.

³⁷¹ DE LOS MOZOS, José Luis. El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1987. Pág. 581.

³⁷² A. GENTILI. Le invalidità. En: Trattato Contratti Rescigno. II. Torino. 1999. Pág. 1257.

Esta retroactividad desencadena su propia consecuencia tanto entre las partes como frente a los terceros. “Entre las partes, cancela ex tunc las transferencias programadas con el contrato; y sobre todo hace objetivamente indebidas ex artículo 2033 CC³⁷³, por lo tanto repetibles, las prestaciones ejecutadas en base a éste. Frente a los terceros, destruye las adquisiciones que aquellos hayan realizado contratando con quien había a su vez adquirido en base a un contrato nulo: aunque los terceros hayan adquirido de buena fe; aunque los terceros hayan inscrito su adquisición antes de la inscripción de la demanda de declaración de nulidad³⁷⁴.

Estos efectos frente a terceros asumen una particular relevancia cuando nos encontramos ante la categoría de la NULIDAD DERIVADA: esto es, la nulidad de un contrato, determinada por la nulidad de un precedente contrato, del cual el contrato depende en el plano práctico – económico³⁷⁵.

Por ejemplo, “nula la concertación anticompetitiva entre los bancos que en “cartel” fijan las condiciones que todos aplicarán a sus clientes, ¿son nulos, en cascada, también los contratos entre singulares bancos y clientes, en la parte en la que aplican las condiciones del cartel? Si la respuesta fuera sí (pero la cuestión es discutida, se trataría precisamente de nulidad derivada”³⁷⁶.

³⁷³ Artículo 2033° del Código Civil italiano.- “Quien ha realizado un pago no debido tiene el derecho de repetir o que ha pagado. Tiene además derecho a los frutos y a los intereses desde el día del pago, si quien lo ha recibido procedía de mala fe, o bien, si éste procedía de buena fe, desde el día de la demanda”.

³⁷⁴ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Págs. 798-799.

³⁷⁵ Ibid. Pág. 692.

³⁷⁶ Ibid.

Lo mismo sucede cuando A adquiere algún derecho de B por medio de un contrato nulo o anulable y luego transfiere tal derecho a favor de un tercero contratante. La declaración de nulidad (en el caso del contrato nulo) o anulación (en el supuesto que estemos ante un contrato anulable) del acuerdo celebrado entre A y B, ¿afectará la adquisición del tercero? Si la respuesta fuera así – y la doctrina es así lo reconoce³⁷⁷ – se trataría de un supuesto de nulidad derivada.

Entonces, como se puede apreciar, hablar de nulidad derivada supone que estemos ante terceros subadquirentes que contratan sobre la base de un previo negocio inválido, por lo que podrían verse perjudicados si les es opuesta la invalidez del contrato respecto del cual derivan su propia adquisición. Ello dependerá del alcance de la retroactividad de la nulidad y de la posibilidad de destruir todos los efectos que un contrato nulo haya podido producir. Precisamente el análisis de los efectos derivados de dicha retroactividad constituye la matriz de la presente investigación, por lo que en adelante cuando hagamos referencia a los terceros que contratan sobre la base de un previo contrato inválido, los denominaremos simplemente como TERCEROS SUBADQUIRENTES.

³⁷⁷ En efecto, la doctrina es mayoritaria en reconocer que una consecuencia de que la sentencia de nulidad sea declarativa y por ende opere retroactivamente, es el hecho de que las adquisiciones hechas por las partes y por los terceros deben ser restituidas. Sin embargo, “en cuanto a los terceros subadquirentes, se rompe tal regla y por ende aquellos pueden salvar su adquisición gracias a la usucapión; o bien si han adquirido de buena fe un mueble no registrado, en virtud de la regla “posesión vale título”; o en caso de adquisición inmobiliaria, con el mecanismo de la inscripción subsanante”: BUGANI, Ira. *La nullità del contratto*. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1990. Pág. 167.

5.2. Efectos respecto de los contratos anulables

En línea de principio, y a diferencia de la nulidad, la anulabilidad no opera de manera automática, sino solo por efecto de sentencia que anule el contrato. Sentencia constitutiva que remueve los efectos: la sentencia de anulación es por lo tanto constitutiva.

“La anulación es retroactiva entre las partes: por lo tanto, como regla, obliga a las partes a restituir, en base al principio del pago indebido objetivo (artículo 2033³⁷⁸), las prestaciones ya ejecutadas en base al contrato luego anulado³⁷⁹. En cambio, como regla, la anulación no se retrotrae frente a los terceros: los cuales, por tanto, salvan las adquisiciones hechas contratando con quien habían precedentemente adquirido en base al contrato anulado”

Es decir, en el caso de los terceros subadquirentes, la regla vendría a ser la inoponibilidad de la sentencia anulatoria frente a las adquisiciones realizadas por los terceros antes de emitida tal sentencia. Es decir, como regla, la anulación no se retrotrae frente a los terceros, los cuales salvan las adquisiciones hechas contratando con quien había precedentemente adquirido en base al contrato anulado.

³⁷⁸ Ver nota al pie n° 268.

³⁷⁹ No obstante, tal regla de la repetibilidad, entre las partes, de las prestaciones ejecutadas en base al contrato anulado encuentra su derogación cuando la anulación dependa de incapacidad para obrar (legal o también natural); el incapaz “no está obligado a restituir (...) la prestación recibida si no dentro de los límites en que le hubiera resultado ventajosa (artículo 1443 del CC italiano). La norma reproduce aquella generalmente fijada por el artículo 2039 para cualquier caso de pago indebido recibido por el incapaz”: ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 800.

Sin embargo, “tal regla, según la cual la anulación no es oponible a los terceros y no amenaza sus (sub) adquisiciones, conoce importantes erosiones, las cuales resultan del artículo 1445³⁸⁰. Esta norma indica tres casos en los que la anulación es oponible a los terceros: cuando el tercero haya adquirido de mala fe (es decir, sabiendo que el título de su causante es anulable); cuando la anulación del contrato precedente dependa de incapacidad legal; cuando el tercero haya adquirido a título gratuito”³⁸¹

Desde nuestro particular punto de vista, el artículo 1445 del Codice, más que establecer una excepción a la regla de la “inoponibilidad de la sentencia anulatoria frente a los terceros subadquirentes”, lo que en realidad consagra es la regla misma. Sin una norma de tal naturaleza – como ocurre en nuestro país – la tutela de los terceros subadquirentes frente a una sentencia anulatoria sencillamente no existiría. Ello en la medida de que tanto en Italia como en el Perú, la buena fe – que constituye el sustrato, el fundamento o la razón de ser del referido artículo 1445 y por ende de la tutela de los terceros subadquirentes – no está consagrado como un principio que gobierne las relaciones contractuales, como sí sucede en Alemania.

Por ende, consideramos que allí radica la importancia del artículo 1445^o del Codice - norma que lamentablemente no fue trasplantada a nuestro Código Civil – en la medida que consagra, de forma particular, un mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes frente a los contratos anulados mediante sentencia judicial.

³⁸⁰ Artículo 1445 CC Italiano.- “La anulación que no dependa de una incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de anulación”.

³⁸¹ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 801.

Teniendo en cuenta ello, no queda sino concluir que, en nuestro país, tal cual se encuentran redactadas las normas que conforman el Libro II del CC, tanto la nulidad como la anulabilidad producen los mismos efectos: operan retroactivamente respecto de las partes y también de los terceros, por lo que las subadquisiciones de estos últimos también se verían afectadas.

Por tal razón, a efectos de analizar los mecanismos de tutela que provee nuestro sistema jurídico a favor de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, resulta necesario recurrir, mediante una interpretación sistemática, al resto de normas que integran, en los diversos Libros, el Código Civil. Esta labor la llevaremos a cabo en los capítulos siguientes.

CAPITULO IV

DOS ESCENARIOS DISTINTOS PARA LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES. LA FE PÚBLICA REGISTRAL COMO UN PRIMER MECANISMO DE TUTELA

1. Cuestiones preliminares

Si luego de celebrado un contrato anulable (por ejemplo una compraventa), éste es confirmado por las partes (ya sea expresa o tácitamente) y luego de ello el adquirente del bien lo transfiere a un tercero, éste no tendrá por qué preocuparse, toda vez que adquirió el bien de quien tenía plena legitimidad para transferirlo, toda vez que al haber sido confirmada la compraventa, los efectos precarios del contrato anulable se convirtieron en efectos definitivos, amparados plenamente por el ordenamiento jurídico (cuando decimos “amparados”, nos referimos al hecho de que pueden ser exigidos judicialmente).

Distinto es el panorama cuando tal contrato (en nuestro ejemplo, una compraventa³⁸²) no es confirmada por las partes, y antes de que transcurran dos

³⁸² Usamos como ejemplo un contrato de compraventa por ser uno de los casos que con mayor frecuencia se presenta en la vida diaria, sin embargo, lo dicho para este caso puede ser aplicado de manera extensiva a todo supuesto de contrato anulable, sea una donación, arrendamiento, cesión de derechos, etc.

años³⁸³, la parte afectada interpone una demanda solicitando la anulación de tal contrato. Si la demanda es declarada fundada, correspondería, en aplicación del artículo 222° CC, admitir la compraventa como nula desde su celebración, por lo que el tercero contratante vería frustrada su adquisición, a pesar de haber actuado de buena fe³⁸⁴. ¿Esta conclusión encuentra justificación?

A efectos de analizar la posición que pueden ocupar los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, es necesario distinguir dos escenarios: cuando la contratación se da sobre bienes inscritos (**PRIMER ESCENARIO**) y cuando se da sobre bienes que no cuentan con inscripción registral (**SEGUNDO ESCENARIO**)

2. La tutela de los terceros subadquirentes sobre bienes inscritos en registros Públicos: La fe pública registral (PRIMER ESCENARIO)

Cuando se trata de situaciones jurídicas inscritas en inscritos en Registros Públicos, los terceros subadquirientes de buena fe y a título oneroso sí resultan protegidos en caso alguien pretenda hacer valer una declaración de nulidad de la cual aquellos no tuvieron conocimiento al momento de celebrar el contrato que ahora pretende ser anulado.

³⁸³ Plazo prescriptorio para demandar la anulación de un negocio anulable, de conformidad con lo establecido en el artículo 2001° inciso 4 CC.

³⁸⁴ Esto que señalamos con relación a los contratos anulables, vale lo mismo – y con mucha mayor razón – para los contratos nulos. No debe olvidarse que la presente investigación encuentra como campo de estudio la protección de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, sean estos nulos o anulables.

En esto consiste la denominada fe pública registral³⁸⁵ - que constituye una manifestación del principio de publicidad registral³⁸⁶ - regulada en el artículo 2014º CC³⁸⁷ en los siguientes términos: *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”*

388 .

³⁸⁵ “La publicidad registral o constatación en los libros del Registro de la propiedad de situaciones jurídicas inmobiliarias registrales puede desplegar su función o energía en alguna de las siguientes direcciones: 1. Como elemento legitimador y protector del titular inscrito y, en especial, de los terceros adquirentes por negocio jurídico registrado, en el amplio sentido de presunción de exactitud del contenido del Registro. En este ámbito ubicamos a la fe pública registral”: ROCA SASTRE, Luis. Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral. Tomo I. 8ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. Pág. 101.

³⁸⁶ “El principio de publicidad, en su aspecto positivo, tiene por ámbito propio los derechos reales y asegura al tercero que los adquiere su existencia y extensión en los términos del asiento principal. Rompe así el sistema con el apotegma jurídico *nemo dat quod non habet* para preceptuar que quien haya contratado con el titular según el Registro será amparado en su derecho inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del Registro”: GONZALES, Jerónimo. “El principio de publicidad”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año III. Nº 25. Enero. Pág. 9.

³⁸⁷ Nuestro artículo 2014º CC es en buena cuenta una copia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española, según el cual:

“El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”

³⁸⁸ Esta norma tiene como sustento un principio general de publicidad, que “comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz, de todos modos, como si hubiera sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero. La investidura formal en un derecho subjetivo que realmente no existe se presenta en varias hipótesis: de la posesión de los instrumentos de fe pública, e incluso a las diversas figuras de publicidad. En todos estos casos, **el presupuesto de la protección del tercero es que la confianza se encuentre justificada por**

El esquema que evoca el 2014° CC es el siguiente:

A _____ B

(Negocio nulo)

B _____ C

(negocio válido, pero que
trae como causa el negocio nulo previo)

En los sistemas jurídicos que consagran el principio de fe pública registral, como el nuestro (art. 2014° CC), “C” (tercero sub adquirente) se encuentra protegido por cuanto el vicio de nulidad del contrato antecedente no lo afecta. El tercero (“C”) es tutelado por su confianza depositada en el Registro, ya que éste se presume exacto para él. En tal caso, “C” es un tercero protegido o “cualificado”, pero debe tenerse consideración – a efectos de no incurrir en una confusión de términos y ámbitos de tutela - que se trata de un segundo plano de protección, distinto al principio de inoponibilidad³⁸⁹.

un título formal, en el cual se basa, en definitiva, la apariencia del derecho. Así pues, la apariencia no indica otra cosa que el operar de los fenómenos formales – por razones de confianza – aun cuando la situación jurídica asumida formalmente por ellos no exista en la realidad. En esta concepción, entonces, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada, esencialmente, con la idea de formalismo, a tal punto que la posesión, inclusive, es configurada como título formal de investidura” (el énfasis es nuestro): FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Traducción de Leysser León, para la: Revista de Derecho PUCP. N° 59. Pág. 181. Tomado del Título Original: “Apparenza”. En: FALZEA, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997, Págs. 809-856.

³⁸⁹ “El principio de fe pública registral ha de separarse claramente del principio hipotecario de inoponibilidad, en virtud del cual lo no inscrito no perjudica al tercero que inscribe” (GARCIA GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. 1993. Pág. 227). Entonces, las diferencias entre ambos principios son evidentes: “el principio de inoponibilidad opera solamente cuando los hechos jurídicos son válidos, y cuando los dos entran en conflicto se decide la primacía exclusivamente por la publicidad. En otras palabras: a igualdad de TITULOS VALIDOS, la inscripción es el criterio determinante para la preferencia sobre el otro que no se inscribió. Por el contrario, el principio de fe pública registral opera sólo cuando un hecho jurídico NO ES VALIDO y, por ende, no debió inscribirse, sin embargo está inscrito. ¿Qué hacer ante esa nulidad? ¿Confiamos o no en el registro? Esa es la pregunta que surge en el

De no estar consagrada la fe pública registral como principio rector en materia de subadquisiciones, “C” tendría que resignarse a ver cómo su adquisición decae si es que el contrato entre “A” y “B” es declarado nulo, en la medida que al extinguirse el derecho de B, ello traería como automática consecuencia también la extinción del derecho de “C”³⁹⁰.

Por el contrario, la regla típica de protección en los sistemas que consagran el principio de la fe pública registral es que el inscribiente (tercero sub adquirente, que en el ejemplo propuesto sería “C”) es protegido frente a las acciones anulatorias, resolutorias o revocatorias de la propiedad. En este caso, existe una lucha entre el verus dominus (“A”) y el tercero confiado en el Registro (“C”). El primero, trata de hacer valer la realidad extrarregistral en donde el negocio de transmisión es nulo, con la consiguiente extinción de los derechos atribuidos a los sucesivos causahabientes. El segundo, trata de hacer valer la realidad exclusivamente tabular o registral, a fin de otorgar protección.

Ahora, debemos distinguir entre la protección del tercero inscrito cualificado (“C”) frente a la protección del que es “parte” en el negocio susceptible de anulación o ineficacia (“B”). Téngase en cuenta que “B” es parte del contrato inválido, y su derecho depende directamente de éste. Si dicho contrato es declarado nulo (por alguna de las causales contenidas en el 219° CC) o es anulado (por alguna causal consagrada en el 221° CC), entonces “B” no habrá adquirido nada. En cambio, cuando entra en escena un tercero que confía en lo dicho por el Registro, y que

ámbito de la fe pública”: GONZALES BARRON, Gunther. Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú. Ob. Cit. Pág. 113.

³⁹⁰ Esto en aplicación del dogma según el cual un contrato nulo, al ser improductivo de efectos jurídicos, no podría ser la base para posteriores adquisiciones a favor de terceros (*“quod nullum est, nullum producit effectum”*).

además no es parte, entonces es posible conferirle protección, con lo que se otorga una gran seguridad para quienes confían en la información del Registro”³⁹¹.

Por tal razón, el conflicto subyacente en el principio de fe pública se concilia con la protección al tercero sub adquirente o tercero registral (“C”) quien debe reunir los

³⁹¹ GONZALES BARRON, Gunther. Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú. Ob. Cit. Pág. 115. Como ejemplo de una correcta distinción entre “parte y “tercero” registral, puede citarse la sentencia expedida en la Casación N° 2852-01-LA LIBERTAD, con fecha 28 de enero de 2002 y publicada el 2 de mayo de 2002: “...FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Por resolución de esta Sala del doce de octubre del dos mil uno, se declaró procedente dicho recurso, por las causales previstas en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, expresándose con relación a la primera causal, que la Sala de mérito ha inaplicado el artículo dos mil catorce del Código Civil, que establece que el tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, para lo cual argumenta que dicha norma protege a los adquirentes de derechos de buena fe y a título oneroso, pues siendo el Banco un tercero registral no puede verse afectado por los alcances de la nulidad del título del transferente; Que, respecto de la segunda causal que acusa la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que se ha declarado fundada la contradicción en base a un supuesto de nulidad formal, como lo prescribe el artículo setecientos veintidos del Código Procesal Civil, ya que los efectos de la nulidad de compraventa se han hecho extensivos a los actos subsiguientes, como es la hipoteca otorgada a su favor; CONSIDERANDO: (...) Sexto.- Que, en lo referente a la afectación del bien inmueble por parte del propietario, es de tenerse en cuenta que en la constitución de la hipoteca se otorga un derecho real de garantía a favor de persona determinada, siendo que nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger tal derecho ha creado la figura jurídica de la buena fe registral, que se encuentra regulada por el artículo dos mil catorce del Código Civil, la que para su validez requiere que el derecho sea otorgado a título oneroso y por persona que en el registro aparezca con facultades para hacerlo; es decir, que el Banco únicamente debía verificar si en el registro de la Propiedad de La Libertad aparecía como propietario del bien materia de hipoteca el co-ejecutado, requerimiento que fue cumplido, puesto que a la fecha de constituirse el derecho, esto es el diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete, aparecía éste como propietario, por tanto el Banco obtuvo un derecho de quien tenía y aparecía con facultades para hacerlo; Séptimo.- Que, a ello se agrega, que la garantía hipotecaria fue inscrita en el registro y otorgada con la finalidad de garantizar las obligaciones del otorgante y por un monto determinado, por lo que cumplió con todas las exigencias formales para su validez, en consecuencia con la contradicción, interpuesta por la co-ejecutada, mal fue declarada fundada por adolecer el título de un requisito formal; Octavo.- Que, cabe mencionar, que la Sala al hacer extensivos los efectos de la sentencia que declaró la nulidad del contrato de compraventa del bien dado en garantía a la escritura pública de constitución hipotecaria está afectando el derecho de un tercero que adquirió el bien en base al principio de la buena fe registral, siendo que en todo caso debe determinarse la vía jurisdiccional correspondiente si los efectos de tal nulidad son extensivos a la escritura de constitución de hipoteca, mas no este proceso por implicar un pronunciamiento sobre nulidad de fondo, lo que es ajeno a las exigencias del artículo setecientos veintidos del Código Procesal Civil y al proceso de ejecución de garantías; (...).”

siguientes requisitos a fin de colocarse en el sitial defensivo que le permita mantener inalterable su adquisición:

- i. Tercero registral³⁹² es aquel sujeto ajeno a un hecho jurídico contradictorio, que puede ser un negocio no inscrito o un negocio inscrito pero cuya causa de nulidad no es conocida.
- ii. Es aquel sujeto que consuma una adquisición con la base directa del registro, es decir, dicho tercero actúa confiado en la información registral y por ella decida contratar. Por tal motivo, no se incluye en este ámbito a la persona que adquiere un derecho sin tomar en cuenta el registro, pues celebra el acto de disposición con prescindencia objetiva de las situaciones

³⁹² Téngase en cuenta que a la fecha, en nuestra judicatura, la concepción del “tercero registral” ha dado un viraje importante. Así, la Corte Suprema insiste en un criterio que se viene imponiendo en materia de actos celebrados por quienes confían en el Registro e inscriben de buena fe. No se trata de los supuestos típicos de Fe Pública Registral, en los que el subadquirente de buena fe (conocido como “tercero”) conserva el derecho inscrito a su favor, pese a que el otorgante carece de título para disponer. Es “tercero” – se dice – porque no participa del negocio viciado. Así entendida la Fe Pública Registral, siempre se ha sostenido que una persona no está a salvo de los defectos de su propia titularidad porque en ese caso ya no sería tercero sino “parte del vicio”. No obstante, la Corte Suprema ha ido más allá de la fórmula ordinaria e interpreta las normas para darles un alcance distinto a la común y corriente Fe Pública Registral. En la Casación Nº 2029-2005-La Merced-Junín, el Banco de los Andes adquirió una hipoteca sobre un inmueble que se encontraba registrado a nombre de don Metodio Ñaña Sora, quien aparecía como soltero y único propietario del predio. Sin embargo, don Metodio era casado y por tanto el inmueble pertenecía a la sociedad de gananciales. La cónyuge demandó la nulidad de la hipoteca por violación del artículo 315º del Código Civil, dado que ella no intervino en el negocio hipotecario. Dijo que el contrato de hipoteca contravenía la norma de orden público que obliga a que participen ambos cónyuges.

La Corte falló a favor del Banco, señalando que al momento de la celebración del contrato, aquél no podría saber que el constituyente era casado. La norma de orden público que exige la intervención de los dos cónyuges, debe ser contrastada – dice la Corte – con el orden público que obliga a dar seguridad al tráfico. Con este argumento, la Corte Suprema pasó por alto que el contrato de hipoteca ciertamente tiene un vicio en sí mismo y por tanto el adquirente – el Banco – no es técnicamente un tercero, pero aún así es un usuario del sistema legal que espera y merece atención. “La seguridad es la razón fundamental del Derecho. El derecho surge como instancia de aquello a lo cual las personas tienen que atenerse en sus relaciones con los demás: certeza, pero no sólo teórica (saber lo que se debe hacer) sino también certeza práctica”. Para un comentario a esta sentencia casatoria ver: MEJORADA CHAUCA, Martín. “La nueva fe pública registral”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Nº 150. Marzo. 2011. Págs. 111-116.

jurídicas inscritas. “La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de acto de disposición o inversión de confianza”³⁹³

- iii. El tercero debe actuar de buena fe, esto es, desconocer el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente.
- iv. El tercero debe contar con un título oneroso, pues sólo se protege a quien pierde un derecho, y no a quien sólo pretende asegurar un lucro³⁹⁴.

Grafiquemos con un caso esto que hasta el momento hemos señalado: “A” es propietario registral del bien “X”, e incurriendo en un error (vicio de la voluntad) se lo transfiere a “B”, quien procede a inscribir su derecho de propiedad. Luego de ello, “A” interpone una demanda de nulidad del contrato de compraventa, pero no anota esta demanda en Registros Públicos. Estando en trámite el proceso de nulidad, “B” transfiere el bien a favor de “C”, quien no sólo lo adquiere a título oneroso y de buena fe, sino que procede a inscribir su derecho. Con posterioridad, la demanda de nulidad es declarada fundada y el Juez ordena aplicar retroactivamente la nulidad de la compraventa celebrada entre A y B.

Lo lógico es que al ser nula la primera compraventa, todas las sucesivas también sean declaradas nulas (conforme ya se detalló). Siendo así, la pregunta es: ¿se perjudicará el derecho adquirido por “C”? En aplicación del artículo 2014, la respuesta es NO. “C” no puede verse perjudicado por un hecho que no figuraba

³⁹³ EIZAGUIRRE, José María. Derecho Mercantil. Madrid. 2001. Pág. 238.

³⁹⁴ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Semblanza y Estudio Preliminar de Gunther González Barrón. Nº 4. Jurista Editores. Lima. 2010. Pág. 65.

inscrita en registros Públicos, pues así lo exige un mínimo de seguridad jurídica dinámica³⁹⁵

Entonces la conclusión sobre esta primera parte sería la siguiente: cuando el tercero subadquirente (actuando a título oneroso y de buena fe) contrata con quien figura en Registros Públicos con legitimidad para vincularse jurídicamente, aquél sólo obtendrá tutela si cumple con TODOS los requisitos establecidos por el 2014º CC: a) adquisición válida a título oneroso (elemento negocial); b) confianza en el Registro (elemento de regularidad); c) Buena fe (elemento subjetivo); d) No debe constar en el Registro las causales de invalidez o ineficacia (elemento de no contradicción); e) Inscripción de su propio título (elemento de cierre)³⁹⁶.

Corresponde hacer un breve análisis de cada uno de estos requisitos³⁹⁷:

³⁹⁵ “La seguridad jurídica dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente”: GARCIA GARCIA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid. 1995. Pág. 91.

³⁹⁶ “(...) la publicidad registral por sí sola de la adquisición realizada por el tercero no justifica la protección que ofrece el principio de fe pública registral, pues se está en el campo de la nulidad, en la resolución de los efectos reales y en la inexistencia del negocio jurídico, y sabido es que la inscripción por sí sola no convalida los actos y contratos nulos, ni su efecto civil de arrastre sobre actos posteriores que se apoyan en actos nulos. Por eso, para que opere la protección registral respecto de esos actos posteriores (...) el legislador debe partir de bases que complementen la fuerza de la publicidad registral de la adquisición realizada por el tercero: 1) la confianza en la apariencia registral; 2) la ineficacia del negocio jurídico precedente al del tercero, consistente en la nulidad y en la resolución de efectos reales; 3) la inexactitud registral; 4) la adquisición inmobiliaria a non domino”: GARCIA GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Ob.Cit. Pág. 230.

³⁹⁷ La propia Corte Suprema ha exigido reiteradamente el cumplimiento de estos requisitos para otorgar la protección legal. Así, en su sentencia expedida con motivo de la Casación Nº 695-99 se dijo lo siguiente: “(...) Para la aplicación del principio de buena fe registral deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su

2.1. La adquisición válida a título oneroso: Elemento negocial

El acto o negocio celebrado por el tercero debe ser válido, por cuanto el Registro purifica la ausencia de poder de disposición del transmitente (en cuyo contrato no participó el tercero), pero no sana las causales de nulidad o invalidez del acto³⁹⁸. Además, es necesario el carácter oneroso del acto adquisitivo del tercero. Por tal, ha de entenderse todo contrato que exija una contraprestación o un sacrificio patrimonial del adquirente, o la realización por éste de una correlativa atribución al transmitente.

Normalmente, no existe discusión alguna respecto a los negocios típicamente onerosos, es decir, aquellos cuya definición legal impone atribuciones recíprocas entre las partes, como es el caso de la compraventa, la permuta, etc. No obstante, el panorama se complica en el caso de las donaciones modales o con carho, así como las donaciones remuneratorias³⁹⁹

derecho, como al momento de la inscripción del mismo; buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción iuris tantum; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) que el adquirente inscriba su derecho; e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. El principio de buena fe registral (sic) persigue proteger al tercero que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecía de capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo ello puede implicar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de buena fe registral (sic)”

³⁹⁸ Sobre la forma cómo nuestra Corte Suprema viene modificando este requisito, ver la nota el pie nº 373.

³⁹⁹ El Código Civil Peruano regula estas figuras en forma negativa, señalando los efectos de la invalidación o revocación de la donación remuneratoria o sujeta a cargo en cuyo caso el donante queda obligado a devolver al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecgo. Así lo consagra el artículo 1642º CC.

La relevancia sobre la onerosidad o gratuidad de dichos contratos es fundamental, en cuanto de ello dependerá si el tercero sub adquirente es protegido o no por el principio de fe pública.

Para un sector de la doctrina española, en estas figuras la donación no es pura y simple, sino que se da por algo o para algo, lo que supondría una cierta contraprestación, no excluyéndose el lucro del donatario, ni el ánimo de liberalidad del donante⁴⁰⁰. No obstante, para la doctrina mayoritaria se trataría de negocios mixtos, por lo que la protección del tercero sólo podría llegar hasta el valor de la contraprestación⁴⁰¹

Ahora, si la protección del Registro se concentra en los negocios jurídicos onerosos, o “negocios de tráfico” como le llama la doctrina alemana, “transactions” en el derecho norteamericano, entonces la lógica conclusión es que las adquisiciones legales, forzadas o por acto de autoridad, se encuentran excluidas de la protección. A ello debe agregarse los actos gratuitos y aquellos en donde el transmitente y el adquirente son, en sustancia, la misma parte⁴⁰².

⁴⁰⁰ ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Curso de derecho de obligaciones. Tomo II. Pág. 191.

⁴⁰¹ En nuestro país se ha ocupado brevemente del tema el profesor MAX ARIAS SCHREIBER (Donación. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia – Compiladora – Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Pág. 283): “(...) el hecho de que la remuneración o el cargo puedan de alguna manera llevar una dosis de onerosidad no es factor excluyente de la donación y ella tiene, en estos casos, carácter mixto”.

⁴⁰² “Podemos identificar las siguientes hipótesis que están excluidas del ámbito de aplicación de la fe pública registral: (i) las adquisiciones por mandato legal, como es el caso de la sucesiones hereditarias; (ii) las adquisiciones en las que está interesada una sola persona (el caso del falsamente inscrito como propietario de un inmueble que se otorga a sí mismo un derecho real limitado); (iii) conjunto de titulares que aparecen transmitiéndose a sí mismos un derecho sobre el inmueble, pero bajo otro ropaje jurídico; (iv) los remates judiciales (en este caso, el adquirente no

2.2. La confianza en el registro: regularidad en la cadena de transmisiones

El adquirente que pretende lograr la protección jurídica necesita confiar en un elemento objetivo que le brinde certeza, o por lo menos, una fundada verosimilitud respecto a la condición de dueño de la finca del transmitente. Por ello se exige que el tercero subadquirente celebre el negocio dispositivo con el titular registral⁴⁰³.

En este sentido, autorizada doctrina ha señalado que: “El fundamento de esta exigencia se encuentra en que solamente se puede o se debe proteger a quien ha confiado en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del registro y en la fuerza legitimador de una inscripción previa de la que parece deducirse lícitamente que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquier que sea la realidad jurídica concordante o no con el registro. Para despertar esta confianza es necesario que el tercero adquiera de un titular inscrito. Ello significa que el Registro ha de publicitar la titularidad del disponer, y que en virtud del Registro debe considerar al disponente como titular del derecho del que dispone, pero significa también que el Registro debe publicar una plena facultad o poder de disposición del disponente. Inversamente, significa que en el Registro no debe aparecer la existencia de otra

confía en el registro, sino en la regularidad del procedimiento judicial)”: GONZALES BARRON, Gunther. Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú. Ob. Cit. PágS. 124-125.

⁴⁰³ “(...) Doble inscripción: que el enajenante esté registrado – asiento transmitente – y que el adquirente lleve a estarlo (...) son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y la del adquirente que cobija al tercero. Es, pues, este tercero un tercero no de inscripción, sino de sobreinscripción”: NUÑEZ LAGO, Rafael. “El Registro de la Propiedad Española”. En: Actas del I Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires. 1948. Pág. 118.

titularidad, ni tampoco las circunstancias o factores que puedan anular, resolver o limitar el derecho del otorgante”⁴⁰⁴

Ahora, no es necesario que el titular registral (de quien deriva su adquisición el tercero registral) esté inscrito al momento en que el tercero adquiera su derecho, en tanto también puede aceptarse que la inscripción previa se produzca en cualquier momento⁴⁰⁵. Así, cuando “A” es propietario pero todavía no es titular registral y, sin embargo, vende a “B”. Posteriormente, se inscribirán los sucesivos títulos de “A” y “B”, pero al momento de adquirir, “B” no lo hizo de quien aparecía como titular registral. En este caso “B” ha cumplido con el segundo requisito, en cuanto al haberse subsanado la inscripción de las sucesivas transferencias, se ha cumplido en sustancia el elemento de regularidad en la cadena de transmisiones⁴⁰⁶

Particular análisis y reflexión amerita el caso del tercero que contrata con quien a pesar de no contar con su derecho inscrito en Registros Públicos, sí ostenta tal derecho. Con un ejemplo esto último quedará claro.

Imaginemos que “A” (propietario registral) vende a B un inmueble a través de un contrato viciado por la casual de dolo, pero B no inscribe su derecho en Registros Públicos. Posteriormente “B” se lo vende a “C”, a pesar de que quien figura aún

⁴⁰⁴ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. 1995. Pág. 462.

⁴⁰⁵ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO. Citado por. LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho Inmobiliario Registral. José María Bosch Editor. Barcelona. 1984. Pág. 183.

⁴⁰⁶ GONZALES BARRON, Gunter. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2004. Pág. 1000.

como propietario registral es “A”. Finalmente, en el proceso de nulidad de acto jurídico seguido por “A” contra “B”, el Juez emite sentencia declarando nula la compraventa celebrada entre ambas partes. ¿Esta nulidad afecta también el derecho de “C”? Consideramos que sí.

En este caso se trata de un derecho que corre inscrito en Registros Públicos, por lo que corresponde la aplicación de la regla general (artículo 2014° CC). En consecuencia, “C” no obtendrá tutela porque no cumplió con los requisitos del 2014° CC: no adquirió de quien en Registros Públicos figuraba como propietario y por ello tampoco pudo inscribir su derecho.

A esta conclusión se llega interpretando contrario sensu el 2014° CC. La norma establece que el tercero que adquiere algún derecho **de persona que en el registro aparece con facultades** para otorgarlo, **MANTENDRA** su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se **ANULE** el de su otorgante. A contrario sensu, el tercero (C) que adquiere algún derecho de persona que en el registro no aparece con facultades para otorgarlo (B), **PERDERA** su adquisición una vez que se anule el de su otorgante.

Si el tercero subadquirente no fue lo suficientemente diligente como para acceder a la información brindada por Registros Públicos y contrató con quien no tenía inscrito derecho alguno sobre el bien, deberá soportar la pérdida de su derecho, toda vez que existe una presunción iuris et de iure de que todos conocemos el contenido de las inscripciones⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Artículo 2012° CC: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

Ahora bien, con esto no pretendemos sostener que la inscripción registral sea constitutiva de derechos. En el caso propuesto, no hay dudas que con la sola celebración del contrato de compraventa con “B”, “C” adquirió la propiedad del bien. Sin embargo, **no es correcto que aquél tercero contratante (C) reciba tutela sustancial gracias a un mecanismo que se basa en la confianza en el Registro⁴⁰⁸, si precisamente no actuó en base a la información brindada por el Registro.**

Por eso en este caso sí es correcto que el tercero subadquirente se vea perjudicado por un hecho que no constaba en Registros Públicos: tenía todas las herramientas necesarias para adquirir un derecho de forma válida e inatacable.

Téngase en cuenta que un presupuesto para la aplicación del artículo 2014° CC es la confianza en el registro: “El adquirente que pretende lograr una protección jurídica plena necesita confiar en un elemento objetivo que brinde certeza, o por lo menos, una fundada verosimilitud respecto a la condición de dueño de la finca del transmitente. Por eso, **se exige que el adquirente celebre el negocio dispositivo con el titular registral**, quien goza para sí de la presunción de exactitud, y sobre cuya base es la que descansa dicho negocio sucesivo”⁴⁰⁹ (el énfasis es nuestro).

⁴⁰⁸ “(...) la clave de la fe pública registral es la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro, es decir, en la apariencia registral derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento y que hace que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias a non domino”: GARCIA GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Ob. Cit. Pág. 231.

⁴⁰⁹ GONZALES BARRON, Gunter. Introducción al derecho registral y notarial. 2ª. Edición. Lima. 2008. Pág. 230-231.

2.3. Buena fe del adquirente: Elemento subjetivo

La buena fe consiste en la creencia de que el transmitente es el verdadero dueño del bien, lo cual se perturba cuando el tercero conoce de la existencia de un titular distinto extra – registro, o por lo menos tiene fundadas dudas respecto del transferente. Esta introducción de la buena fe busca mantener un estándar de moralidad en las relaciones sociales y económicas; en caso contrario el Registro podría ser utilizado en forma desviada para consumir fraudes y engaños. En efecto, para sacrificar el derecho válido de un titular en beneficio de otro titular, que en principio carecía de preferencia, parece necesario exigir a dicho beneficiario ser persona honesta, no fraudulenta ni aprovechada; de otro modo, el Registro, nacido para frenar la mala fe y favorecer la confianza del tráfico, se convertiría en un mecanismo amparador del fraude y de la injusticia⁴¹⁰.

La existencia de esta buena fe no debe limitarse hasta el instante de la celebración del acto adquisitivo, sino que debe permanecer hasta la inscripción que haga el tercero de su propio título⁴¹¹.

Ahora, a efectos de plantear la forma funcional en que debería operar este requisito de la buena fe, la doctrina se ha dividido en dos bandos. Para un sector el concepto de buena fe es principalmente negativo, por lo que debe entenderse como simple desconocimiento de la inexactitud del Registro. Así, HENCKE afirma que buena fe “no equivale a conocimiento de las dudas sobre la exactitud del registro, y no existe ninguna obligación de informarse; incluso

⁴¹⁰ AMOROS GUARDIOLA, Manuel. “La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Págs. 1519-1580.

⁴¹¹ Así lo establece la propia Exposición de Motivos y Comentarios de nuestro Código Civil.

SCHWABPRUTTING llega a decir que la fe pública registral opera “incluso en el caso de que el adquirente, a pesar de tener dudas fundadas, no haga nada para clarificar el estado de cosas (...)”⁴¹²

Otro sector de la doctrina, en cambio, exige en el tercero una conducta diligente al momento de la adquisición, por lo que se le impone a éste deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta el simple desconocimiento, sin que además se encuentra obligado a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición⁴¹³ (buena fe – diligencia).

Nosotros nos adherimos a esta segunda posición, en cuanto “la sola denominación de buena fe ya la diferencia valorativamente de la simple ignorancia, y la envuelve en un ámbito de moral que la configura en forma decisiva. Una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible. De igual modo, repárese en que el Registro es una verdad formal que no agota la realidad jurídica, y si ésta se muestra accesible, por lo menos generando el estado de duda suficiente para reaccionar, entonces no existe razón alguna para que el hombre recto y prudente no deba avanzar hasta salda la duda y obtener el conocimiento efectivo de la realidad, sin pretender cobijarse en el manto de la buena fe cuando estuvo a su alcance la realidad”⁴¹⁴

⁴¹² Ambos autores citados en: PAU PEDORON, Antonio. La publicidad registral. Centro de Estudios Registrales – Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2001. Pág. 344.

⁴¹³ Contundentes argumentos a favor de esta posición, en: GORDILLO CAÑAS. “El Principio de Fe Pública Registral”. Parte I. En: Anuario de Derecho Civil. Omo LIX. Fascículo II. Abril – Junio. 2006. Pág. 587 y ss.

⁴¹⁴ Ibid.

En este mismo sentido se ha dicho que para reconocer la eficacia de la publicidad registral frente al tercero hipotecario no basta con la condición de tercero adquirente a título oneroso con buena fe (esto es, desconociendo la falta de titularidad del transmitente) sino una buena fe activa, que haya agotado los medios ordinarios de investigación de la titularidad del transmitente y la verosimilitud de una realidad objetiva, que impida la utilización del registro como instrumento defraudatorio⁴¹⁵

2.4. Que no conste en el registro las causales de nulidad o extinción del título antecedente: elemento de no contradicción.

Para consagrar la fe pública registral, el legislador parte de un supuesto de ineficacia (en sentido amplio) del negocio jurídico precedente a aquél en que el tercero adquiere, consistente en la nulidad, resolución o rescisión de dicho negocio previo.

La protección del tercero se encuentra subordinada a la no constancia, en el Registro, de tales causales de nulidad o ineficacia del negocio antecedente, lo que en buena cuenta significa determinar si alguno de estos motivos de claudicación del negocio previo (como podría ser una anotación de demanda de nulidad de acto jurídico) consta efectivamente en el Registro. De no ser así, estaremos ante un caso de inexactitud registral, que se presenta por el sólo hecho de no estar explícitamente constatadas en el Registro - pudiendo estarlo - las causas de

⁴¹⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. Derecho Inmobiliario Registral. Ob. Cit. Pág. 239.

anulación, resolución u otras análogas que puedan afectar al título o derecho registrado o inscrito”⁴¹⁶

Este cuarto requisito exige que las causales de nulidad o ineficacia no consten en los asientos de inscripción ni en los títulos archivados⁴¹⁷. Así lo ha reconocido la propia Corte Suprema: “(...) que, por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el artículo 185 del Reglamento General de los Registros Públicos, dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos; ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan” (Casación N° 3088-06-Lima, de fecha 13 de junio de 2007 y publicado en el diario oficial el 01 de octubre de 2007, 7° consierando). Sin embargo, el tema no deja de ser debatible⁴¹⁸)

⁴¹⁶ ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral. Tomo II. 8ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1954. Pág. 492.

⁴¹⁷ Así lo establece el propio artículo 2012° CC, cuando establece la presunción iuris et de iure de que toda persona tiene conocimiento **del contenido de las inscripciones**.

⁴¹⁸ Para un interesante intercambio de ideas sobre esta materia en sede nacional: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “¿Reabriendo un debate? Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado?” En: Actualidad Jurídica. N° 177. Agosto. 2008; GONZALES BARRON, Gunter. “Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral. Contribución que pone punto final a un debate innecesario”. En: Diálogo con la jurisprudencia. N° 116. Mayo. 2008; ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Posibles modificaciones al libro de Registros Públicos”. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. N° 2000. Julio. 2010.

2.5. Inscripción del título

El último requisito para consumir la protección del tercero “cualificado”, es que éste inscriba su título adquisitivo:

“La exigencia de este requisito es lógica; el sistema debe defender la adquisición que acude a él y no la que lo rehuye. Las ventajas del principio de fe pública registral son tan importantes, que naturalmente no pueden atribuirse a cualquier adquirente, sino tan sólo al que reuniendo los otros (...) requisitos examinados, haya inscrito su título adquisitivo. El que no inscribe su adquisición, sabiendo a lo que con ello se expone, es que no quiere ampararse en las defensas hipotecarias, contentándose con la protección que el derecho civil puro le brinda”⁴¹⁹

La exigencia de este último requisito responde a un tema de lógica elemental: ¿cómo se podría conceder al siguiente adquirente la facultad de reprochar al primer adquirente la falta de inscripción registral, si este reproche hubiera de hacérselo también él mismo? Por tal razón, es necesario exigir al tercer sub adquirente hacer algo que le falta al otro: la inscripción.

Así lo ha reconocido la Corte Suprema de manera reiterada. Sólo por citar un caso: “(...) La principal finalidad de la inscripción es amparar a los terceros que contraten de buena fe, a título oneroso y sobre la base de lo que aparezca en el registro, tal como lo establece el artículo 2014º del Código Civil, de esta manera **una vez inscrito el derecho**, el titular mantiene su adquisición, aunque después

⁴¹⁹ ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Ob. Cit. Pág. 492.

se anule el derecho del otorgante, en virtud de causas que no consten en los Registros Públicos (...)” (Casación N° 2210-99) (el énfasis es nuestro).

No se debe confundir la necesidad de que el tercero subadquirente inscriba la situación jurídica adquirida para poder estar protegido por la fe pública registral, con el hecho de que tal inscripción sea obligatoria. La inscripción que realiza el tercero no lo convierte en titular de la situación jurídica adquirida, en la medida que dicha inscripción es meramente declarativa y por ende facultativa o voluntaria: el tercero subadquirente es titular de la situación jurídica transmitida por el solo contrato celebrado con el transferente. La inscripción lo único que hace es darle una mayor protección a este tercero subadquirente, en la medida que obtendrá una tutela irrestricta frente a las causales de anulación, resolución, etc. que no hubiesen constado en el Registro al momento de su adquisición. Pero de aquí a sostener que la inscripción es obligatoria existe un gran trecho. Y esta, nos parece, es la mejor opción, en la medida que “no parece viable un sistema de inscripción obligatoria o constitutiva, que resulta caro, arbitrario y no se adapta además a la representación de las partes, es expropiatorio de una relación natural entre el hombre y la propiedad, que gravaría de modo exorbitante la pequeña propiedad en ciertos lugares muy fragmentada, y que además fomentaría la desconfianza de asumir los costos registrales y notariales, que en ocasiones son estimados como desproporcionados. Y sobre todo, la inscripción obligatoria o constitutiva podría generar un registro totalmente de espaldas a la realidad (...)”⁴²⁰

⁴²⁰ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. Derecho Registral Inmobiliario. Ob. Cit. Pág. 245.

3. La protección de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos sobre bienes inscritos en el Registro.

Llegados a este punto, queda del todo claro que siempre que un tercero haya subadquirido un derecho derivado de un contrato previo que resulta inválido— es decir, cuando estemos frente a la denominada “invalidéz derivada” — sobre un bien inscrito en el Registro, y siempre que dicho tercero cumpla de forma conjunta con los cinco requisitos ya indicados, se verá plenamente protegido.

Teniendo en cuenta ello, somos de la opinión que no existe ningún reparo o inconveniente en sostener que los derechos derivados de un contrato inválido (sea nulo o anulable) puedan ser tutelados en aplicación del 2014° CC. Con acierto se ha dicho que “(...) resulta imprescindible emplear una interpretación creativa del artículo 2014° CC, basada en el principio vecino de inoponibilidad de lo no inscrito (artículo 2022° CC), lo cual permitirá comprender – sin duda alguna – que el principio de fe pública también protege los casos de nulidad radical del título antecedente”⁴²¹

La expresa voluntad del legislador manifestada en la Exposición de Motivos del artículo 2014° CC, apoya nuestra postura

⁴²¹ GONZALES BARRON, Gunter. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2004. Pág. 1050. En consecuencia, si el artículo 2014 protege contra causales de nulidad, con mucha mayor razón lo haría contra causales de anulabilidad, por lo que según esta opinión, el 2014 sí sana causales de invalidéz del negocio.

“(…) En primer lugar, las causas que atentan contra el derecho del otorgante no tendrán que ser sólo de nulidad (sea absoluta o relativa⁴²²) sino que también podrán ser causas de rescisión y resolución”⁴²³

Por ello, no existe motivo alguno para negar tutela al tercero subadquirente que confía en el derecho de su otorgante, adquirido previamente por medio de un contrato inválido. ¿Por qué el 2014º no protegería a este tercero y sí a aquél que adquirió de un otorgante cuyo derecho quedó finalmente resuelto? ¿En qué se diferenciarían tales terceros, si es que ambos adquirieron a título oneroso, actuaron de buena fe, confiaron en la información brindada por Registros Públicos, desconocían la inexactitud de tal información y procedieron a inscribir sus respectivos derechos?

Valgan verdades, no existe ninguna diferencia – para un sector de la doctrina nacional, como veremos más adelante, sí existe una diferencia importante que lleva a que en determinados casos tales terceros no sean protegidos - por lo que tampoco existe motivo para otorgar tutela a uno y negársela a otro. Por ello, nos reafirmamos en el sentido de que sí existe una tutela de los terceros subadquirientes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos, cuando se trata de bienes que se encuentran inscritos en Registros Públicos.

⁴²² Cuando el legislador habla (impropiamente) de nulidad absoluta y relativa, se está refiriendo a la nulidad y anulabilidad.

⁴²³ COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL. Exposición Oficial de Motivos del Código Civil de 1984 – Registros Públicos. Separata especial publicada en el diario oficial el día 19 de noviembre de 1990. Pág. Pág. 13.

4. Una nueva forma de entender la Fe Pública Registral: ¿De lege lata o lege ferenda? Crítica a un sector de la doctrina nacional

Nos hemos preocupado de poner énfasis en este punto – que la fe pública registral protege a los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos (nulos o anulados) porque un sector importante de la doctrina nacional⁴²⁴, ha puesto en duda que el ordenamiento jurídico peruano contemple el principio de fe pública registral, y como fundamento de esta posición se dice que la nulidad protege “valores humanos ético – jurídicos”, basado en criterios de justicia, por lo cual un contrato nulo jamás podría servir de sustento para consolidar derechos, ni siquiera en el caso de terceros.

Consideramos interesante y bien trabajada la tesis del profesor MORALES, sin embargo, no la compartimos, por dos razones fundamentales: una de orden legislativo (Lege Lata); y una a nivel de política legislativa (Lege Ferenda).

En primer lugar, se ha dicho con razón⁴²⁵ que el legislador puede optar por tutelar al propietario primigenio (afectado por la nulidad) o por tutelar al tercero subadquirente (en base a la confianza del registro), y nuestro legislador, con pleno conocimiento de causa optó por la segunda postura, tal y como se deduce del artículo 2014º CC, de la exposición de motivos del propio Código, de los importantes precedentes del derecho alemán y español, así como de la doctrina y jurisprudencia construida sobre el tema. Por tal motivo, la interesante propuesta

⁴²⁴ Nos referimos a: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nulidad e inoponibilidad del contrato vs principio de fe pública registral”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. N 103. Abril. 2007.

⁴²⁵ GONZALES BARRON, Gunther. “Estudio Preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú”. Ob. Cit. Nota al pie N 103. Pág. 117.

del profesor MORALES debe entenderse realizada de LEGE FERENDA, es decir, con el propósito de cambiar la ley; y en tal sentido dirigir la protección hacia el propietario primigenio. Sin embargo, nuestro artículo 2014º CC es bastante claro y mientras se encuentre vigente, los terceros subadquirentes sobre bienes registrados se encontrarán plenamente protegidos una vez que hayan cumplido con los 5 requisitos ya desarrollados con anterioridad.

No obstante, desde un punto de vista de lege ferenda, tampoco consideramos adecuado tomar partido por la tesis del profesor MORALES, por las razones que pasamos a detallar.

El profesor MORALES plantea que no sólo sea la inscripción registral la que brinde tutela a favor del tercero subadquirente, sino que dicho tercero únicamente adquiera de forma plena e irremovible su derecho, cuando haya transcurrido un plazo determinado, desde la inscripción del acto del tercero, sin que se hubiese anotado la demanda de nulidad o de inoponibilidad (en este último caso, tratándose de una demanda de inoponibilidad, el profesor MORALES sostiene que no habría un plazo de prescripción para inscribirla, pudiendo hacerse en cualquier momento).

Esto significa que si “A” transfiere su derecho de propiedad a favor de “B” en virtud de un contrato nulo, y “B” consigue inscribir este derecho a su favor, para luego de ello transferirlo a un tercero de buena fe (C), éste, únicamente se encontrará plenamente protegido cuando, además de haber contratado cumpliendo al pie de la letra con los 5 requisitos consagrados en el 2014º CC, haya transcurrido un plazo determinado de tiempo sin que “A” haya cumplido con anotar la demanda respecto del contrato celebrado con “B” – propone que sean 10 años en caso la demanda a inscribirse sea de nulidad del contrato, o un tiempo indefinido, en caso

la demanda a interponerse sea la de “inoponibilidad—. Osea conforme sostiene el profesor MORALES - la plenitud del derecho adquirido por el tercero subadquirente (C) estará condicionada a que en un plazo de tiempo determinado no se inscriba una demanda de nulidad o de inoponibilidad.

Teniendo en cuenta tal posición, habría que preguntarnos ¿Si usted fuese el tercero subadquirente, se imagina el estado de sosobra e intranquilidad en que se encontraría, sabiendo que en cualquier momento su adquisición, realizada de buena fe y cumpliendo a cabalidad todos los requisitos de la fe pública registral, puede venirse abajo por la inscripción de una demanda respecto de un tema del cual usted no tuvo el menor conocimiento? Con este mecanismo, ¿Se pierde o se gana confianza en la contratación? Si yo como tercero subadquirente, sé que por más que contrate con aquel que figura como titular registral, mi adquisición no será firme y por el contrario será pasible de ser atacada durante un plazo de tiempo amplio y arbitrario, sin que ello dependa de mí sino del ánimo y voluntad de un tercero (en este caso, del ánimo de la persona interesada en accionar la nulidad o inoponibilidad del contrato) ¿tendré incentivos para contratar? ¿Se beneficia o se perjudica el tráfico jurídico? ¿Es necesario generar efectos tan negativos en la contratación a efectos de tutelar a una de las partes del contrato cuya invalidez se solicita?

Antes de dar respuesta a estas interrogantes, analicemos más de cerca la tesis de MORALES en sus propios y exactos términos:

“La nulidad normada en el Título IX del Libro II del Código Civil es una nulidad pensada como un juicio de valor de deber ser. Válido es el contrato que vale porque su valor es compatible con los valores del ordenamiento estatal. Para el ordenamiento jurídico no es suficiente que se ejerciten los derechos y se cumplan

las obligaciones, que se realicen los deberes o se regulen intereses, de manera formal conforme al texto literal de las normas; sino que es necesario que el ejercicio del derecho, el cumplimiento del deber, la realización del deber se caractericen por un suplemento de moralidad que es expresión de aquel principio de solidaridad humana y de respeto recíproco que todo individuo debe recibir y dar a otro individuo”⁴²⁶.

Entonces, “inválido es el contrato que no vale por contener valores incompatibles con aquellos del ordenamiento estatal, dentro de esta concepción, el contrato nulo puede afectar al sub adquirente con contrato inscrito, a título oneroso y de buena fe, siempre y cuando se inscriba la demanda dentro del plazo de prescripción para ejercer la acción de nulidad. Lo mismo sería aplicable a la demanda inscrita de inoponibilidad sin límite en el tiempo por cuanto el CC no ha normado expresamente un plazo determinado para ejercer las acciones de inoponibilidad”⁴²⁷.

“Por consiguiente, es un error histórico y asistemático decir que la inscripción del título oneroso del tercero (sub adquirente) de buena fe es constitutiva en el sentido que mantiene su adquisición aun en contra de lo que dicta el derecho común (...) El CC protege – como regla general – el título inscrito del transmitente en detrimento del título inscrito del subadquirente de buena fe y a título oneroso. El artículo 2014 del CC protege un interés pero en forma relativa”⁴²⁸

⁴²⁶ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nulidad e inoponibilidad del contrato vs principio de fe pública registral”. Ob. Cit. Pág. 36.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Ibid. Pág. 38

Finalmente, el autor concluye su interesante trabajo criticando una propuesta de reforma legislativa al artículo 2014° CC⁴²⁹: “Simplemente debemos decir que esta propuesta incurre en los mismos errores del actual 2014° del CC y del antiguo 1052⁴³⁰ del Código Civil de 1936. No se protegen a quienes son titulares del derecho de pedir la nulidad o la inoponibilidad. Estos intereses deben ser debidamente protegidos y por eso es inadecuado privilegiar ciegamente la protección basada exclusivamente en los Registros Públicos. En nuestro sistema jurídico es regla que las adquisiciones a non domino serán protegidas si el título del transmitente es perfectamente válido (es decir, idóneo)”⁴³¹ Por ello, “el artículo 2014° del CC tutela al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no exista previamente una inscripción de una demanda de nulidad o de inoponibilidad. Empero, la declaración de nulidad puede ser pedida dentro del plazo prescriptorio. Y la acción de inoponibilidad – por ausencia

⁴²⁹ La propuesta de reforma es como sigue:

“Artículo 2014.- Principio de buena fe registral

1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.

2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la posterior inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de buena fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados.

3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales o de los títulos archivados correspondientes.

4. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes” (REATEGUI TOMATIS, Manuel. “Reformas al Libro IX: Registros Públicos”. En: Propuestas de reforma al Código Civil, Separata Especial del diario oficial El Peruano, 11 de abril de 2006)

⁴³⁰ Artículo 1052.- “Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro”.

⁴³¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nulidad e inoponibilidad del contrato vs principio de fe pública registral”. Ob. Cit. Pág. 39.

de legitimidad para contratar – puede ser ejercida en cualquier momento porque ella es imprescriptible”⁴³²

En un sentido similar a la tesis de MORALES, encontramos la posición de PALACIOS MARTINEZ:

“(…) la nulidad del negocio, tal y como se legisla en nuestro Código, supone una ausencia total de efectos derivados del mismo, denominados por ello negociales, e incluso, en los casos anotados, se establece una cierta confluencia con los supuestos que doctrinalmente se han elaborado como casos de inexistencia (irrelevancia) del intento práctico de las partes. En tal sentido resultaría, por decir lo menos, contradictorio que se plantee la posibilidad de que un negocio nulo pueda desplegar su eficacia a efectos de atribuir legitimación a un sujeto que deriva de él su derecho. Y es que el principio de legitimación tiene como consecuencia más radical el que quien adquiera, en determinadas condiciones, de persona que en registro aparece con facultades para transmitir obtendrá, respecto del verdadero dueño o titular de un derecho real, una posición inatacable

(…)

Para efectos de superar la denotada aparente contradicción inicial, y en salvaguarda de la supremacía de los principios derivados del derecho sustancial frente a los enarbolados por el derecho registral, podría también, en segundo término, plantearse la aplicación restrictiva del artículo 2014º del Código Civil”⁴³³.

⁴³² Ibid. Pág. 40.

⁴³³ PALACIOS MARTINEZ, Eric. “La nulidad del negocio jurídico”. En: <http://dike.pucp.edu.pe>

Por eso, “cuando el artículo señalado establece que el mantenimiento de la adquisición del tercero adquirente se verifica aunque después se anule, rescinda o resuelva el título del otorgante, pareciera que limita la protección de la apariencia registral a los casos de anulabilidad, rescisión o resolución del específico negocio jurídico. Tal postura puede sostenerse arguyendo que la naturaleza privada del interés protegido con dichas figuras de ineficacia justifica la protección del tercero (que representa también un interés privado), razonamiento a través del que se estaría legitimando la posibilidad de que la inscripción registral efectuada sobre la base de un título – negocio jurídico ineficaz in genere – pueda ser inmune a la decadencia del negocio que suministró la apariencia necesaria para dicha adquisición”⁴³⁴.

Ello sería así en cuanto “la nulidad, que se dirige a sancionar un actuar que lesiona un interés general (atinente al Estado o a la colectividad), no podría ni siquiera cimentar una posterior adquisición del tercero basándose en la apariencia, aunque el tercero goce de un estado subjetivo de buena fe. En otras palabras, los derechos del sub adquirente no pueden resultar protegidos por la norma comentada, por estar en juego los principios superiores del orden público, la moral y las buenas costumbres, que determinan que los negocios radicalmente nulos no subsanables, ni por confirmación, ni por prescripción, ni por ningún otro medio, no pueden producir efectos negociables de ninguna índole, en los términos esbozados con anterioridad”⁴³⁵.

Una vez puestos sobre la mesa los argumentos del profesor MORALES, podemos pasar a analizar cada uno de ellos.

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Ibid.

Comencemos por recalcar que la propuesta del profesor MORALES es de *lege ferenda* (cómo debería ser la norma) y no de *lege lata* (cómo hay que interpretar la norma tal como se encuentra redactada). Dicha tesis no interpreta lo establecido en el artículo 2014° CC sino que propone una nueva forma de entender la fe pública registral.

Por otro lado, nos reafirmamos en las interrogantes planteadas con anterioridad: ¿Es posible imaginarse el estado de zozobra, intranquilidad e inseguridad en que se encontrará este tercero subadquirente? Ahora este tercero sub adquirente para tener la plena seguridad que su derecho adquirido no podrá ser atacado por nadie, tendrá que esperar en unos casos 10 años (a la espera de que vencido este plazo nadie inscriba una demanda de nulidad) y en otros casos el estado de incertidumbre no tendrá fin (porque como sostiene el profesor MORALES, el plazo para demandar la inoponibilidad del contrato no ha sido fijado por el Código Civil, por lo que podría ser demandado en cualquier momento, sin posibilidad de que presenta la prescripción⁴³⁶).

Y el panorama se muestra aún más sombrío si es que tenemos en cuenta el amplio margen de legitimidad que el Código otorga para accionar la nulidad de un contrato. En efecto, una demanda de nulidad no sólo podrá ser interpuesta por la parte afectada (es decir, el verdadero propietario que fue birlado) sino por cualquier persona que considere tener interés o por el propio Ministerio Público⁴³⁷.

⁴³⁶ Para el profesor MORALES, la ausencia de un plazo para accionar la inoponibilidad del contrato, conlleva a que dicha pretensión sea imprescriptible.

⁴³⁷ Artículo 220° CC.- “La nulidad a que se refiere el artículo 219° puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público”.

Esto quiere decir que el tercero subadquirente tendrá que estar expuesto a que no sólo el titular afectado accione la nulidad, sino cualquier persona; y esto, si tenemos en cuenta que muchas veces las personas interponen demandas sin un previo análisis, con la única finalidad de perturbar y entorpecer a terceros, pone en serio peligro la rápida y segura circulación de los bienes, así como la eficiente asignación de titularidades.

Además, ¿qué sucederá cuando el tercero subadquirente (que ya inscribió su derecho) lo transfiera a su vez a otro tercero y así sucesivamente? ¿La inscripción de una demanda de nulidad del contrato primigenio, también afectará a estos terceros sucesivos? Entendemos que sí, en la medida que, en primer lugar, la tesis del profesor MORALES no establece ninguna excepción al respecto; y en segundo lugar, para mantener coherencia en su tesis, la conclusión debería ser precisamente esa: la anotación de la demanda de nulidad afectará a cualquier tercero subadquirente, sea a aquel que adquiere de forma inmediata luego de celebrado el contrato cuya nulidad o inoponibilidad se solicita, o sea un tercero sucesivo en la larga cadena de transmisiones.

Recurramos a un ejemplo para que esto quede claro: “A” transfiere su derecho de propiedad a “B” en virtud de un contrato nulo. “B” inscribe su derecho, luego de lo cual se lo transfiere a “C”, quien cumple también con inscribir su derecho. Luego de ello, el derecho de “C” es transferido sucesivamente (y por su respectivo titular) a “D”, “E”, “F” y “G”. Luego de que el último de la cadena (G) inscribe su derecho de propiedad en el Registro, “A” demanda la nulidad del contrato celebrado con “B” y dicha demanda – luego de haber sido inscrita en el Registro – es declarada fundada. ¿Cuál es la consecuencia de aplicar la tesis del profesor MORALES al presente caso? Muy simple: “G” deberá restituir el bien a favor de “A”, y todas las adquisiciones realizadas con anterioridad también quedarían sin una causa que las justifique, por lo que “G” deberá dirigirse a “F” para recuperar el precio pagado

por el bien, “F” tendrá que hacer lo mismo con “E”, éste a su vez con “D”, él con “C” y éste con “B”. Es decir, en un abrir y cerrar de ojos, transacciones celebradas en el tráfico inmobiliario se verán literalmente “destruidas” y todos los efectos serán retrotraídos ; a lo que habría que agregar los litigios que se fomentarían con esta medida.

En conclusión, al último subadquirente (G) se le estaría afectando por un hecho (el contrato nulo entre “A” y “B”) que pudo haber sucedido 9 o 10 años antes de que aquél adquiriese el derecho, con lo que dicho tercero subadquirente estaría siendo sometido a una especie de prueba diabólica, en la que no bastará que él pruebe que adquirió de quien figuraba en el Registro como propietario, sino que estará sometido – en un típico estado de sujeción – a la forma cómo finalice el proceso judicial seguido entre “A” y “B”, por hechos que escapan absolutamente de su esfera de conocimiento. ¿Es esto lo que queremos? ¿Es esto deseable en nuestro país? Tenemos la impresión que adoptar tal tesis es consagrar la inseguridad y el inmovilismo jurídico.

Pero los problemas que genera la tesis del profesor MORALES no quedan ahí, por cuanto también se suscitan en el ámbito procesal: Una vez inscrita la demanda de “A” contra “B”, y teniendo en cuenta que la sentencia dictada en el proceso de nulidad de acto jurídico afectará la posición de todos los terceros subadquirentes (en el ejemplo propuesto: C, D, E, F y G), ¿deberán intervenir en dicho proceso todos ellos, a efectos de ejercer su derecho de defensa o en todo caso, contribuir con la defensa de “B”, a efectos de que la demanda sea declarada infundada o improcedente? Y si la demanda de nulidad fue presentada fuera del plazo de prescripción que establece la ley, y “B” no deduce la correspondiente excepción de prescripción, ¿podrá hacerlo alguna de los terceros subadquirentes?

Pero ello no es todo: si el contrato (nulo) entre “A” y “B” contenía un convenio arbitral⁴³⁸, y una vez instalado el Tribunal Arbitral e inscrita la demanda de nulidad en el Registro, ¿podrán los árbitros integrar a los terceros subadquirentes a dicho arbitraje? A diferencia de un proceso judicial, un proceso arbitral está limitado, en cuanto a materia y en cuanto a las partes que intervienen, a lo establecido en el convenio arbitral, por lo que la integración de terceras personas, distintas de aquellas que sí firmaron el convenio arbitral, está proscrita por el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071, según el cual *“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado”*.

Si los terceros no participaron en la negociación, celebración, ejecución ni terminación del contrato celebrado entre “A” y “B”, ¿cómo podrían ser integrados al proceso arbitral? Y si no son integrados a dicho proceso, ¿cómo se les podría

⁴³⁸ “El convenio arbitral es un contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter la solución de todas o algunas cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros cuya resolución se obliga a cumplir expresamente; sin embargo, se debe precisar que el convenio arbitral tiene algunas particularidades que lo alejan del régimen general de la contratación privada, como es la producción de efectos procesales, no materiales. En efecto, el convenio arbitral tiene un origen privado, pero produce efectos en una esfera procesal, en la que predomina el interés público y en la que subyace la renuncia obtener tutela de jueces (LEDESMA NARVAEZ, Marianela. “El principio del *Kompetenz – Kompetenz* y la excepción procesal”. En: Materiales de enseñanza del Programa de formación y capacitación en arbitraje organizado por la PUCP). En síntesis, “la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un laudo, dictado por árbitros que produzca los mismos efectos que una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad”: BERNARDO SAN JOSE, Alicia. Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión. Editorial Comares. 2002. Pág. 39.

Así lo entendió el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 13° se define el convenio arbitral como un “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

oponer los efectos del laudo arbitral en el que – supongamos – se declara fundada la demanda de nulidad de “A” y por ende nulo el contrato celebrado con “B”, debiéndose retrotraer a su estado original todas las sucesivas transferencias?

Pero bueno, imaginemos que tales terceros subadquirentes aceptan de buena manera acudir al proceso arbitral a efectos de ejercer su derecho de defensa o de contribuir con la defensa de la parte cuya victoria les favorece (osea “B”); ¿cada uno de dichos terceros subadquirentes integrados al proceso, deberá también nombrar un árbitro, a efectos de gozar de las mismas prerrogativas de las que gozan “A” y “B”? Y si la respuesta es afirmativa, ¿qué sucederá cuando el número de árbitros sea par y los votos del laudo estén equilibrados? ¿Quién resolverá el empate?

Como se puede apreciar, la tesis aquí analizada– muy interesante y bastante bien sustentada, pero – desde nuestro punto de vista - no aplicable en nuestro país y tampoco aconsejable - generaría una serie de inconvenientes al momento de su aplicación al caso en concreto, además de la ya citada incertidumbre jurídica y afectación de la rápida, segura y eficiente circulación de la riqueza.

No obstante, lo que sí es de destacar es la preocupación del profesor MORALES por la posición en la que quedaría el titular original (A) que fue birlado. Sin embargo, consideramos que tal como está redactado el artículo 2014º CC – es decir, protegiendo a los terceros subadquirentes incluso frente a los casos de nulidad – aquella parte no queda completamente descuidada. En efecto, el problema ético jurídico del cual habla el profesor MORALES, y que sin duda alguna está presente en la nulidad, no necesariamente resulta antagonista del principio de fe pública registral: entre las partes del contrato nulo es evidente que

debe operar la restitución de las prestaciones ejecutadas, que ya no tienen causa jurídica para ser retenidas, por lo que corresponde la repetición en el pago.

Aquí no se puede estar de acuerdo en que la nulidad debe ser atacada, y al titular originario se le debe restituir aquello que “transfirió”. Sin embargo, en el caso de la fe pública el problema es otro: ¿Qué pasa con los bienes o derechos que en virtud a la circulación jurídica han pasado a terceras manos? Desde el plano conceptual, no hay ningún problema en que el legislador establezca una nulidad “obligacional” – permítasenos llamarla así con fines únicamente didácticos - con restitución entre las partes de los bienes o del valor que ellos representan; o bien se opte por una nulidad “real”, con efecto de restitución plena y absoluta y que comprenda las adquisiciones realizadas por los terceros (opción por la que no se inclinó el legislador cuando entra a tallar la fe pública registral). Entonces, repárese en el hecho que la fe pública registral no impide que se declare la nulidad y se produzcan – inter partes – los efectos en reverso que le corresponden. El 2014° CC únicamente pone un límite a ese efecto cuando se trata de determinados terceros, ajenos al contrato nulo⁴³⁹.

Finalmente, hay una última apreciación respecto de la tesis del profesor MORALES que ya ha sido formulada por un sector importante de la doctrina nacional, y que la hacemos nuestra: “La doctrina italiana y portuguesa, que ampara la postura del profesor Morales, lamentablemente carece de interés para nuestra normativa en el punto de la fe pública, ya que en esos países no existe dicho principio; por tal razón, esa doctrina no puede adecuarse al sistema jurídico peruano, que por el contrario sí contempla la fe pública”⁴⁴⁰. En efecto, la propia

⁴³⁹ En este sentido: GONZALES BARRON, Gunther. “Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú”. Ob. Cit. Nota al pie N° 103. Págs. 117-118.

⁴⁴⁰ Ibid.

doctrina italiana sostiene que “la transcripción no tiene función sanante de eventuales vicios del acto”⁴⁴¹. De allí se concluye que “el Registro italiano tiene una configuración técnica muy distinta al nuestro, y por eso no se contempla la fe pública. En efecto, dicho Registro carece de calificación, no tiene tracto sucesivo, es de folio personal, con titulación no siempre fehaciente, y con una gran cantidad de actos que no acceden al registro, específicamente los referidos a las modificaciones físicas de la finca. Con esos limitados y escasos presupuestos técnicos no se puede garantizar certeza en la información, y por ello el registro no se convierte en “sanante” de los eventuales vicios”⁴⁴². Por último, en el sistema registral italiano es posible inscribir documentos con vicios formales, por lo que resulta muy simple lograr la inscripción de cualquier acto, aun de los viciados, irregulares o nulos⁴⁴³. Entonces, “si nada se califica, no existe folio real ni tracto sucesivo, se inscriben documentos ilegales, la conclusión es que todo acto puede inscribirse sin problema, casi como si fuese una ventanilla de recepción de papeles”⁴⁴⁴, por lo que se justifica que una demanda de nulidad pueda afectar a terceros incluso luego de que éste haya inscrito su derecho. Todas estas circunstancias, como ya se indicó, difieren mucho de la forma cómo funciona o los principios sobre los que se estructura el sistema registral peruano.

En conclusión, si bien no dudamos de la calidad académica y la rigurosidad de la tesis del profesor MORALES, no podemos compartir su posición, en cuanto de llegar a implementarse - vía una reforma legislativa – complicaría la seguridad en

⁴⁴¹ GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. 10ª. Edizione. ESI. Nápoles. Págs. 283.

⁴⁴² GONZALES BARRON, Gunther. “Estudio preliminar sobre el Derecho Inmobiliario Registral en el Perú”. Ob. Cit. Nota al pie N° 103. Págs. 118.

⁴⁴³ Para un interesante análisis del sistema registral italiano ver: GARCIA GARCIA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. 1993. Págs. 367-377.

⁴⁴⁴ Ibid. Págs. 70-71.

la circulación de los bienes, lo cual a su vez generaría un desincentivo en la contratación, un estancamiento de los bienes en manos de quienes – en algunos casos – no los destinan a sus usos más eficientes y la imposibilidad de que estos lleguen a manos más productivas, como podrían ser los terceros subadquirentes. Aunado a ello, se presentan los inconvenientes de carácter procesal al momento de llevar a la práctica la aplicación de dicha teoría.

Optamos, entonces, por considerar que el artículo 2014º CC sí consagra – de forma adecuada, en la medida que responde a las necesidades de la sociedad peruana - un mecanismo de protección pleno y general a favor de los terceros subadquirentes que contratan a título oneroso y de buena fe, siempre que conjuntamente con estos dos requisitos concurren los otros ya señalados. La perfectibilidad de la fe pública registral pasa por volverse exhaustivo en la exigencia de tales requisitos, y no tanto en una reforma legislativa que pueda terminar afectando la protección de tales terceros y por ende la seguridad jurídica dinámica.

En todo caso, si lo que se busca es proteger de forma más garantista al propietario primigenio que perdió su derecho en virtud de un contrato nulo, el cual se volvió inatacable “gracias” a la inscripción del tercero subadquirente, consideramos que hay otros mecanismos, igual de garantistas pero menos atentatorios de la posición de los terceros, y por ende que no ponen en jaque a la seguridad jurídica dinámica.

Es muy cierto que en determinadas circunstancias, el registro instaure un sistema de adquisición a *non domino*. “Es decir, en ciertos casos es un acto originario de creación de la propiedad ex novo. Pero si alguien lo adquiere a *non domino* (en este caso, el tercero sub adquirente) es porque alguien lo pierde siendo el legítimo

domino, sin causa. Hay algo terrible en la adquisición a non domino, ¿quién es este monstruo frío, que crea y otorga las cosas de la nada? ¿Qué divinidad caprichosa se entretiene en hacer al dominio *non domino* y al *non domino* domino? La justicia misma del principio de la adquisición a *non domino* por la publicidad registral es muy cuestionable, **pues puede suponer la legitimación de una usurpación sin indemnización**⁴⁴⁵ (el énfasis es nuestro)

Entonces, la solución garantista a favor del titular primigenio no pasa por entorpecer el tráfico jurídico, afectar la seguridad jurídica dinámica ni poner sobre los hombros de los terceros subadquirentes la carga de proteger a dicho titular primigenio, sino por establecer a favor de este último un mecanismo indemnizatorio que lo proteja en caso fuese birlado.

Con acierto se ha dicho que “cabe la duda de si esta pérdida que sufre el titular primigenio es asimilable a un acto de expropiación forzosa, pues no ha habido ningún consentimiento del propietario real, ni ningún comportamiento irregular del mismo. ¿Acaso no expropia el registro la propiedad si antepone una inscripción formal a la propiedad real? Yo creo que la doctrina hipotecaria no ha meditado sobre la gravedad constitucional de este terrible pecado “original” del registro de la propiedad, y la excepción que supone a los principios más profundos del derecho civil y de la justicia”⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José. Derecho Inmobiliario Registral. Ob. Cit. Pág. 247.

⁴⁴⁶ Ibíd. Pág. 248.

Es por tal razón que resulta aconsejable establecer un remedio resarcitorio a favor del titular primigenio, tal como sucede con el sistema Torrens⁴⁴⁷ o contratar un seguro de títulos, como en Estados Unidos⁴⁴⁸: “En cualquier caso, prever la indemnización del propietario “expropiado” por el registro sería una medida de prudencia social y jurídica que reforzaría la legitimidad misma del registro y que ha sido previsto en otros sistemas hipotecarios (por ejemplo, en el sistema Torres para inmatriculaciones irregulares). La mayor seguridad y justicia se consigue con el contrato de seguro, que incorpora además de un estudio matemático de costes e incidencias. El registro español – al igual que el peruano (agregado nuestro) – no ofrece un seguro económico compensatorio, ni para el propietario que puede perder su propiedad si no inscribe (como lo hace el sistema Torrens), ni para el

⁴⁴⁷ El sistema Torrens es un sistema registral muy extendido por el mundo que debe su nombre a la iniciática de un irlandés: Sir Robert Richard Torrens (1814-1884), que lo introduce en el Sur de Australia en 1858. La idea fundamental era la de aplicar a la tierra los principios del registro de buques, y a la vez aprovechar las circunstancias de ser las tierras del Sur de Australia de colonización y propiedad de la Corona Británica. El sistema por sus inherentes ventajas triunfó rápidamente y se extendió por Australia, territorios británicos de Asia, Islas Filipinas, y luego por Estados Unidos, algunos de América (como República Dominicana, ley sobre Registro de Tierras N° 1542, del 7 de Noviembre de 1947) y África (Uganda). Este sistema se caracteriza porque establece una indemnización del eventual titular material extrarregistral, perjudicado por la inmatriculación fraudulenta o errónea de la propiedad (una especie de seguros de títulos): CAMARA LAPUENTE, Sergio. “Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”. En: Anuario de derecho civil. Vol. 57. N° 3. 2004. Págs. 929-1002.

⁴⁴⁸ “La evolución más característica del sistema americano, que ha hecho innecesaria la evolución interna de la publicidad, es el seguro de títulos (title insurance). Compañías de seguros, mediante la suscripción de una póliza, garantizan al adquirente, no la firmeza de su adquisición, sino la cobertura de las consecuencias económicas de la falta de propiedad del transmitente o de los gravámenes ocultos de la finca. Las compañías aseguradoras se obligan comúnmente a defender judicialmente el derecho comprendido en la póliza (se ha desarrollado en realidad un amplia gama en modalidades de seguros de títulos). La primera compañía aseguradora de títulos apareció en Filadelfia en 1876, y a partir de entonces, han tenido un enorme desarrollo; en 1958 existían más de 160 compañías aseguradoras, las más potentes entre ellas llegaban a tener sus propios registros. El amplio desarrollo del sistema del seguro de título se debe probablemente al impulso que recibieron inicialmente de bancos y oficinas públicas, interesadas en cubrirse de los riesgos. Se considera habitualmente que es el seguro de títulos el que ha entorpecido la evolución natural del sistema americano hacia un registro de fincas (sistema Torrens): CHICO ORTIZN, José María. “La propiedad y el registro de propiedad. Conexiones y perspectivas”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1985. Pág. 9 y ss.

que inscribe que puede no llegar a ser propietario aunque inscriba (como lo hacen los seguros americanos de propiedad o de crédito). En mi opinión los que defienden un modelo registral porque piensan que es más eficiente, deberían incorporar modelos de aseguramiento mercantil, incluso repercutiendo su pago por el propio ciudadano que asume el servicio registral, como parte de los aranceles registrales, y ese aseguramiento efectivo reflejaría de modo seguro el éxito del servicio registral”⁴⁴⁹.

Entonces, incluso para aquellos autores que reconocen la necesidad de proteger al titular primigenio ante la posibilidad de que vía una inscripción registral éste vea afectada su posición, la solución no pasa por “desvestir un santo para vestir a otro”; es decir, aquellos no plantean otorgarle protección al titular primigenio afectando seriamente la posición de los terceros subadquirentes, en la medida que el “remedio podría terminar siendo peor que la enfermedad”. La solución – si lo que se busca es no desproteger al titular primigenio – pasa, en todo caso, por establecer un mecanismo indemnizatorio a favor de aquel titular primigenio que terminó perjudicado por la pérdida de su derecho.

No obstante, la implementación de este sistema indemnizatorio resulta una materia amplísima y debatible, que debe ser analizada seriamente, poniendo sobre la balanza los pros y los contras, a efectos de no contribuir a una agudización de la situación en la que nos encontramos. Pero esto da lugar a otro debate y a otro campo de investigación en el que no entraremos, en la medida que rebasa los límites y el contenido de nuestra investigación. Trajimos a colación esta idea del seguro o del mecanismo indemnizatorio, simplemente como una muestra de que hay formas de protección del titular primigenio sin que se tenga que llegar a afectar de manera desmedida la posición de los terceros subadquirentes, y por

⁴⁴⁹ Ibíd. Pág. 249.

ende la seguridad jurídica dinámica y la circulación rápida y eficiente de los bienes.

5. La tutela de los terceros subadquirentes sobre bienes no inscritos (SEGUNDO ESCENARIO)

Cuando las situaciones jurídicas en conflicto no están debidamente publicitadas en un Registro, es decir, cuando la contratación se da sobre bienes que no cuentan con una inscripción registral ¿se justifica una tutela plena a favor de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe?

Piénsese en todos aquellos bienes que no se encuentran registrados, por lo que todas las situaciones jurídicas que se constituyen en torno a ellos tampoco son susceptibles de inscripción. Piénsese por ejemplo en una compraventa viciada por una causal de dolo, sobre un inmueble que no se encuentra registrado. El adquirente del bien lo transfiere a favor de un tercero, y luego de ello, se emite la sentencia que declara nulo el primer contrato de compraventa. ¿El derecho del tercero subadquirente, al derivar de un contrato declarado nulo, se ve afectado por tal declaración?

Nuestro sistema jurídico, a diferencia del italiano, no ha consagrado expresamente como principio general la tutela de todo tercero adquirente a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos. En Italia – como ya se dijo - sí existe tal tutela, y sobre el particular se ha dicho lo siguiente:

“(…) en cuanto a terceros adquirentes de derechos reales procedentes del comprador, donatario, etc., la retroactividad de la anulación⁴⁵⁰ provoca la destrucción de las adquisiciones concertadas por aquéllos: si el transmitente nada había adquirido es obvio que nada podrá transmitir. Esta consecuencia, indiscutible bajo el mandato del antiguo Código, que imponía la obligación de inscribir la demanda de anulación, ha sido muy limitada por el nuevo Código: si el legislador ha restringido la oponibilidad a terceros de la sentencia declarativa de la nulidad, con mayor razón debía sentirse obligado a hacer lo mismo respecto de la sentencia de anulación, ya que el acto anulable puede producir efectos y los produce en cuanto no sea declarado ineficaz”⁴⁵¹.

Sin embargo, este sistema de tutela diseñado por el sistema italiano a favor de los terceros contratantes no se da en todos los casos; ello depende de la causa de anulabilidad del negocio jurídico. En efecto, cuando el negocio es anulable porque intervino un incapaz legal, los terceros sub adquirentes no resultan tutelados, así hayan obrado a título oneroso y de buena fe.

Por ello, “es preciso distinguir, según que: a) la anulación derive de incapacidad legal; o b) de otra causa. En la primera hipótesis, las adquisiciones de los terceros se ven afectadas siempre (al igual de cuando sucede en el caso de nulidad). En la segunda hipótesis es necesario distinguir nuevamente, según que a) los terceros hayan adquirido a título gratuito; o b) hayan adquirido a título oneroso. Si adquirieron a título gratuito (por ejemplo donación), siempre se verán afectados (al igual de cuando sucede en el caso de nulidad). Y si adquirieron a título oneroso, su adquisición queda a salvo en el caso de buena fe; y se elimina en caso de mala fe. En conclusión, la adquisición de los terceros no está tutelada: a) si la anulabilidad

⁴⁵⁰ En nuestro sistema esta retroactividad viene consagrada en el artículo 222° CC.

⁴⁵¹ STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 99.

depende de incapacidad legal; b) si la adquisición es a título gratuito; y c) si la adquisición es a título oneroso, pero los terceros son de mala fe (o sea, sabían de la anulabilidad del negocio)”⁴⁵²

Esta protección que dispensa el sistema italiano a favor de los terceros subadquirentes, encuentra su razón de ser en la “exigencia de no sacrificar los intereses económicos, que parecen comprender mejor a una circulación de los bienes segura y rápida, sobre todo en el caso de tutelar a los terceros de buena fe”⁴⁵³

Ante la ausencia en nuestro Código Civil, de un artículo como el 1443° del CC italiano, es menester encontrar soluciones, las cuales creemos que se encuentran en el denominado principio de confianza, también llamada teoría de la confianza, que inicialmente surgió como criterio interpretativo de los negocios jurídicos ante la insuficiencia de las teorías voluntarista y declaracionista⁴⁵⁴, pero por la importancia tenida en los últimos años, ha sido proclamada como un principio básico y rector que debe estar incorporado a todo ordenamiento jurídico. Así, es menester que desarrollemos algunos postulados propios del principio de la confianza, para entenderla adecuadamente y establecer cómo la podemos aplicar al caso que nos ocupa.

⁴⁵² BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. “Derecho Civil”. Hechos y actos jurídicos”. Op. Cit. Pág. 1058.

⁴⁵³ Ibid. Pág. 1058.

⁴⁵⁴ “En la evolución de nuestro ordenamiento el conflicto entre voluntad y declaración ha conocido distintas soluciones normativas, según las concepciones teóricas predominantes y el estadio de desarrollo de la contratación privada. No obstante, ni la teoría “pura” de la voluntad, ni la teoría pura de la declaración ofrecen, pues, una “clave” segura y unívoca (lógica o equitativa) que permita resolver en abstracto el conflicto de intereses. Lo cual depende también del hecho de que el dilema tiene demasiados puntos de contacto con el sistema general de los intercambios comerciales, como para ser resuelto sobre la base de dogmas antiguos y de exigencias abstractas de justicia. Es por eso que surge la teoría de la confianza”: BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. “Derecho Civil”. Hechos y actos jurídicos”. Op. Cit. Pág. 601-602.

5.1. Acerca del principio de la confianza.

El principio de la confianza fue proclamado por Windscheid, alrededor del siglo XIX y fue ideado inicialmente como un criterio para determinar lo que debía primar cuando existiera divergencia entre declaración y voluntad interna no expresada en el negocio jurídico⁴⁵⁵.

Así, la teoría de la confianza postulaba que en caso de divergencia entre una declaración de voluntad y el querer interno o voluntad del declarante, prevalecería la primera, siempre y cuando la declaración haya despertado CONFIANZA en el destinatario de tal declaración; es decir se tutela la confianza que ha puesto el destinatario de la declaración en la misma, tomándola como plenamente válida y poniendo sus expectativas en ella⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ “Aun cuando la coincidencia de la voluntad con la declaración sea su relación “natural”, ocurre no obstante que a veces no coinciden. El caso principal es el del error. La problemática de la discordancia entre voluntad y declaración fue uno de los temas favoritos del tratamiento científico de la doctrina del negocio jurídico en el siglo XIX y también en los primeros tiempos de vigencia del BGB. Se oponían la llamada teoría de la voluntad, y la que nació en los años setenta, llamada teoría de la declaración (...) Posteriormente surgiría la teoría de la confianza”: FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 83.

⁴⁵⁶ En buena cuenta, según la teoría de la confianza “la voluntad declarada prevalece sobre la voluntad efectiva, o hace las veces de la voluntad inexistente, cuando con la declaración se haya suscitado en el destinatario de ella una legítima expectativa, de manera que haya tenido razón para pensar –habida cuenta de todas las circunstancias objetivas- que la declaración se le ha hecho llegar era normal, y por consiguiente haya tenido razón para contar con ella y sus efectos, comportándose en consecuencia”: MESSINEO, Francesco. Manual de derecho Civil y Comercial. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1979. Pág. 364.

A diferencia de la teoría de la responsabilidad, el elemento fundamental no es la culpa del declarante. Según la teoría de la responsabilidad⁴⁵⁷, una declaración será válida y producirá plenos efectos, aún cuando no sea conforme con la voluntad del declarante, si aquella se debe a la exclusiva culpa de éste. Por ello el declarante tendrá la posibilidad de desvincularse de tal declaración, demostrando su no culpabilidad, sin importar si un tercero confió de buena fe en dicha declaración. De allí, que a diferencia de la teoría de la responsabilidad, en la que el personaje central es el declarante, en la teoría de la confianza el protagonista es el destinatario de tal declaración.

La doctrina se inclina a favor de la teoría de la confianza, toda vez que es ésta la que mejor concilia los intereses tanto del declarante como del receptor⁴⁵⁸.

Ahora, si bien es cierto la teoría de la confianza fue dada con la finalidad de resolver los conflictos entre voluntad y declaración, aquélla perfectamente se puede adecuar a determinados casos en los cuales como producto de un negocio jurídico anulable, terceros y extraños de buena fe, confiando (actuando de buena fe) en la apariencia de validez, celebran otros negocios conectados con aquél.

Sobre esta pretensión de ampliar los márgenes de aplicación de la teoría de la confianza, doctrina autorizada ha dado cuenta, señalando que aquélla es de un

⁴⁵⁷ Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar una norma que se inspira en dicha teoría: el artículo 1401 según el cual “las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra”.

⁴⁵⁸ En sede nacional ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Editorial Palestra. Lima. 2003. Pág. 116-117.

alcance muy general y el resultado de la elaboración de una serie de conceptos y principios jurídicos:

“A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los ordenamientos jurídicos de los diversos países iban creando, a través de reiteradas medidas legislativas, excepciones cada vez más numerosas a las reglas tradicionales, mientras que la jurisprudencia iba extendiendo el ámbito de aplicación de dicha reglas; y la doctrina, por su parte, comenzaba a recoger en esbozos de sistematizaciones generales los nuevos temas que brindaban las leyes y la experiencia. En esta corriente innovadora, el lugar de vanguardia para Alemania, donde las tendencias teóricas más acentuadas de los pandectistas y, en especial, de los autores e intérpretes del BGB, unidas a las particulares estructuras de las instituciones jurídicas de origen germano, facilitaron la elaboración de conceptos y principios que, al final, fueron objeto de una coherente y sistemática formulación en la teoría de la apariencia⁴⁵⁹ y, con un alcance más general, en la teoría de la confianza”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ “En la apariencia, un fenómeno – materialmente presente e inmediatamente real – manifiesta otro fenómeno – ni materialmente presente ni inmediatamente real - . Y lo manifiesta objetivamente, a través de signos o relaciones de significación socialmente apreciables. Lo manifiesta, no a través de símbolos, sino rebús ipsis ac factis, sobre la base de normales conexiones empíricas. Lo manifiesta como real, aunque no es real, porque las conexiones empíricas, abstractamente verificables en la normalidad de los casos, están ausentes en el caso concreto. Para resumirlo todo en una breve definición: la apariencia, objetivamente entendida, es el apareamiento de lo irreal como real, dentro de un campo de experiencia pública, en virtud de relaciones socialmente reconocidas de significación simbólica”: FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Traducción de Leysser León, para la: Revista de Derecho PUCP. N° 59. Pág. 177-212. Tomado del Título Original: “Apparenza”. En: FALZEA, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffré. 1997. Pág. 186. En el estado de cosas actual, se puede afirmar que la idea de la apariencia, a pesar de incertidumbres y escepticismos, es reconocida con carácter general por la doctrina italiana. Así por ejemplo los estudios de MENGONI, Luigi. “L’acquisto a non domino”. Milán. 1949. Pág. 75 y ss; SACCO, Rodolfo. “La buona fede nella teoría del fatti giuridici di diritto privato”. Turín. 1949. Pp. 52 y ss; ambos citados por FALZEA. Op. Cit. Pág. 180.

⁴⁶⁰ FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Op. Cit. Pág. 178.

Además, consagrando como principio general la tutela de la confianza en las relaciones jurídicas entre particulares, se contribuye con una mayor seguridad en el tráfico jurídico. Efectivamente, “(...) se puede decir que el criterio de la confianza sirve para facilitar la circulación de los bienes al proteger a la parte en aquellas hipótesis en las cuales la falta de producción o la eventual eliminación de los efectos del contrato, a más de sacrificar de manera inequitativa el interés de los sujetos que obraron sin culpa y de buena fe, podría obstaculizar un desenvolvimiento eficiente y dinámico de los cambios mercantiles”⁴⁶¹

Así mismo, la tutela de la confianza en las relaciones contractuales contribuye a una circulación dinámica, rápida y eficiente de los bienes: “En los tiempos modernos, la exigencia de hacer más ágiles las distintas formas de circulación jurídica de los bienes, ocasionada por la expansión del comercio y de los tráficos, así como por la intensificación del ritmo de las relaciones económicas, ha impuesto una protección reforzada de los terceros y, en sentido contrario, una menor garantía de los derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas preconstituidas”⁴⁶².

Por ello, partiendo de la dinámica de las operaciones mercantiles y de las múltiples relaciones jurídicas que se forman como producto de ésta, se opta por el criterio mediante el cual las operaciones mercantiles se tienen que regular mediante criterios de buena fe⁴⁶³, confianza, certeza y seguridad en pos a una

⁴⁶¹ BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Op. Cit. Pág. 605.

⁴⁶² FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Op. Cit. Págs. 809-856.

⁴⁶³ Debido al contexto histórico y social en el cual nos encontramos y en vista del principio básico de la celeridad, seguridad y buena fe que deben existir en los negocios se ha afirmado correctamente que **“la protección de la confianza entendida en el sentido tradicional preferido por la doctrina, no es otra cosa que una consecuencia, un resultado al que se puede arribar**

regulación eficiente y práctica, buscando la comodidad de los sujetos y la mayor ganancia posible de las operaciones que estos pudieran obtener. Siempre que no se contravenga la ley, el orden público ni las buenas costumbres. Por ello no se debe permitir que excesiva formalidad o la vulnerabilidad de la confianza ajena en pos de una apariencia jurídica⁴⁶⁴, se constituyan en principios dentro de la sociedad moderna.

De este modo, “el principio de la confianza tiende a llevar a un primer plano, especialmente en relación con la estructura del negocio, una norma superior de buena fe y a hacer depender, como consecuencia, las vicisitudes del negocio de un análisis sobre el comportamiento y honestidad observada en concreto por las partes”⁴⁶⁵. Es así como “el principio de la confianza, en sentido amplio, consiste en rechazar los propios argumentos lógico – formales de interpretación y aplicación de la ley en materia de contratos y en sustituirlos con criterios directamente inspirados en la buena fe”⁴⁶⁶

mediante la interpretación de buena fe: FERRI, GIOVANNI BATISTA. El negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 414.

⁴⁶⁴ “(...) la apariencia jurídica es una institución que favorece a los terceros fiados en la situación aparente, no favorece al sujeto generador de la situación aparente... la apariencia jurídica es aquella institución por cuya virtud el ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra situación que por resultar incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornado de signos exteriores suficientemente verosímiles”: BUSTOS PUECHE, José Enrique. La doctrina de la apariencia jurídica. Editorial Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 40.

⁴⁶⁵ PIETROBON, Vittorino. El error en la doctrina del negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 52.

⁴⁶⁶ Ibid. Pág. 17.

En atención al principio de la confianza, Giovanni Batista Ferri, comentando el artículo 1366⁴⁶⁷ del Codice Civile sostiene que “el legislador sin desconocer el valor del elemento volitivo de los contratos, puede, como regla, y en caso de conflicto, otorgar preeminencia a la certidumbre de la confianza y a la exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas, siempre que la confianza se funde, naturalmente, en la buena fe consciente del destinatario del acto de voluntad”⁴⁶⁸. Por tanto, “en materia contractual, proteger la confianza significa asegurar al destinatario de la declaración el significado y alcance del contenido del contrato, tal como él ha podido percibirlo razonablemente, o tal como él ha estado en condición de representarlo, no solamente sobre la base de una serie de indicios subjetivos u objetivos, sino también con el sustento de aquellos elementos presentes, aunque fuera de manera implícita, en las objetivas circunstancias ambientales, que han servido de contexto, concretamente, a la celebración de la operación expresada en la regla contractual”⁴⁶⁹

Todas estas razones, que justifican la tutela de la confianza en las relaciones contractuales, nos permiten concluir que así como una declaración de voluntad es compromisoria para quien la emite y por ende se justifica que el ordenamiento le otorgue eficacia frente a la contraparte que confió en ella, por más que sea fruto de una valoración subjetivamente errónea o no sea producto de una voluntad conforme⁴⁷⁰, del mismo modo encuentra justificación la tutela de quienes han adquirido derechos confiando en que el contrato celebrado anteriormente (y que sirve de sustento para tales adquisiciones), era válido.

⁴⁶⁷ Artículo 1366 del Código Civil Italiano.- “El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe”.

⁴⁶⁸ BATISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 381.

⁴⁶⁹ BATISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Ob. Cit. Pág. 414-415.

⁴⁷⁰ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos. Ob. Cit. Pág. 603.

De esta forma, corresponde extender el ámbito de aplicación del principio de la confianza a efectos de tutelar a los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos; y como consecuencia de esta aplicación extensiva resulta correcto cuestionar el artículo 222° CC, en cuanto consagra la retroactividad de los efectos derivados de la anulación de un contrato, sin tomar en consideración la actuación de los terceros subadquirentes.

Esta opción del legislador plasmada en el artículo 222° CC, no guarda congruencia con el resto de normas del Código Civil, en las cuales se tutela de forma categórica las conductas, relevantes jurídicamente, llevadas a cabo de buena fe en base a la confianza legítimamente depositada en la contraparte.

Resulta importante que analicemos estos casos en los que, en base a la teoría de la confianza, el legislador ha optado por proteger las actuaciones de buena fe, en la medida que el análisis de dichos supuestos nos brindará los elementos necesarios para examinar luego la posición de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos sobre bienes no inmatriculados.

5.2. La tutela de las actuaciones realizadas de buena fe en el Código Civil.

La tutela de la buena fe – en función al principio de la confianza - se manifiesta en varias instituciones del Derecho Civil consagradas en nuestro Código.

Una de las normas que mayor relación guarda con el tema materia de nuestra investigación, es el artículo 197º CC⁴⁷¹, el cual consagra una tutela irrestricta a favor del tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe frente a la ineficacia relativa⁴⁷² (en estricto, *inoponibilidad*⁴⁷³) derivada del ejercicio de la acción pauliana, que viene a ser una acción personal⁴⁷⁴. Es decir, se tutela al tercero que contrató desconociendo que su contraparte celebraba tal contrato con la única

⁴⁷¹ Artículo 197 CC.- “La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe”.

⁴⁷² Se habla de ineficacia relativa porque la ineficacia producto del éxito de la acción revocatoria sólo se produce respecto al acreedor o acreedores impugnantes, y no respecto de cualquier otro sujeto distinto a ellos. Cfr. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. 15ª. Edición. Giuffrè. Milano. 2003. Pág. 532.

⁴⁷³ En el caso de la acción pauliana, “la revocación está referida más al hecho de dejar sin efecto determinadas manifestaciones de voluntad que configuran negocios jurídicos o actos jurídicos en sentido estricto. En ese sentido, podría entenderse que se está ante una especie de revocación, que tiende a establecer que determinado acto no tiene efectos para el acreedor, **es decir, le es inoponible**” MERINO ACUÑA, Roger. “La acción revocatoria ordinaria o pauliana. Lineamientos fundamentales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 156. Pág. 34. Por otro lado, hay quien identificando inoponibilidad con ineficacia relativa, ha afirmado que se habla de inoponibilidad del acto impugnado por el acreedor porque sólo él y no los demás eventuales acreedores del deudor, puede utilizar esa declaración de ineficacia: Cfr. TUCCI, Giuseppe. “Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale”. En: *Istituzioni di Diritto Privato*. A cura di Mario Bessone. Ottava edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2001. Pág. 1215. Por el contrario, en sede nacional se ha procurado diferenciar inoponibilidad de ineficacia relativa. Así, se ha dicho que “(...) en cuanto al acreedor, tenemos el fenómeno de la inoponibilidad del negocio contra el mismo, y por el otro, tenemos un fenómeno de ineficacia relativa en torno a los efectos, porque no es necesario paralizar el efecto principal del negocio, siendo suficiente hacer inoperante aquel efecto que ha sido considerado como efecto secundario y solamente consecuencial: PALACIOS MARTINEZ, Eric. *Contribución a la teoría general del negocio jurídico*. Jurista Editores. Lima. 2009. Pág. 179. Desde nuestro punto de vista, en realidad la ineficacia derivada de la acción pauliana consiste en una inoponibilidad, que se caracteriza por ser limitada y relativa; por ello, no se debe confundir inoponibilidad (que es el tipo de ineficacia) con relatividad (que es una característica de tal ineficacia).

⁴⁷⁴ En efecto, en el caso de la acción pauliana, no estamos ante una acción de nulidad ni de anulabilidad, tampoco ante una acción real o de reivindicación, se trata más bien de un derecho potestativo que se expresa mediante una acción personal: Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis de Los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1970. Pág. 434; JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana: Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Granada. 2001. Pág. 52.

finalidad de defraudar a su acreedor, deshaciéndose de sus bienes a efectos de burlar la ejecución judicial de los mismos.

No hay dudas de que el acreedor defraudado, por razones de justicia⁴⁷⁵ y bienestar general⁴⁷⁶, tiene todo el derecho de accionar contra su deudor y pretender que los actos de disposición de su patrimonio no lo afecten (es decir, que tales actos le sean inoponibles). Sin embargo, cuando este derecho (plenamente justificado) del acreedor colisiona con el derecho del tercero contratante que actúa de buena fe, entonces aquél debe ceder frente a éste.

¿Y con qué clase de derecho cuenta el tercero, al punto que se superpone al derecho del acreedor de obtener la efectiva satisfacción de su crédito? Tal derecho consiste en que se respete la confianza que depositó en un contrato que no presentaba visos de ser contrario al ordenamiento jurídico; un derecho consistente en que su buena fe se vea tutelada, que se vea cubierta por un manto de protección que impida que ella sea defraudada.

⁴⁷⁵ En este caso hacemos alusión a la justicia denominada “conmutativa”, también llamada compensatoria o correctiva, que tiene por objeto que exista igualdad entre lo debido y lo que se da: ADOMET, Klaus. Introducción a la teoría del derecho. Traducción del alemán por Enrique Bacigalupo. Editorial Civitas. Madrid. 1984. Pág. 194.

⁴⁷⁶ Decimos seguridad jurídica porque si el sistema permite que deudores inescrupulosos se burlen de sus respectivos acreedores, deshaciéndose de su patrimonio visible, frustrando de esta forma (haciendo imposible) el cobro de la deuda, entonces las personas no estarán interesadas en otorgar préstamos, pues no tendrán la seguridad de que el dinero que sale hoy de sus bolsillos, retorne mañana. Por ello, si se torna una práctica común el desaire frente a los acreedores, y esto es permitido por el Ordenamiento Jurídico, habrán menos préstamos (o en todo caso, para otorgar un préstamo se exigirán mayores garantías, mayores requisitos, etc.), lo cual a su vez generará que menos personas puedan acceder al crédito, con todos los inconvenientes que ello genera.

Esto quiere decir que legislador puso en una balanza el derecho del tercero y el derecho de crédito, y prefirió al primero, a pesar de que el derecho de crédito es un derecho fundamental dentro del sistema económico vigente⁴⁷⁷, además de tener (indirectamente) reconocimiento constitucional⁴⁷⁸. Con esto uno se puede ir percatando del nivel de preferencia en el que nuestro legislador puso a los terceros subadquirientes que actúan de buena fe y a título oneroso.

Sin embargo, existen dos diferencias entre el supuesto regulado en el artículo 197º CC y la tutela de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos.

En el primer caso, se trata de una tutela del tercero que actúa de buena fe frente a la declaración de ineficacia (en sentido estricto) del contrato celebrado por aquél. Es decir, se inmuniza al tercero frente a una declaración de ineficacia. En cambio, en el caso de la tutela del tercero subadquirente frente al contrato inválido, no se trataría de inmunizar al tercero frente a una declaración de ineficacia, sino de invalidez⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ “El gradual pasaje de una economía estática (prevalentemente fundada sobre la riqueza inmobiliaria) a una economía dinámica (caracterizada por la riqueza mobiliaria), habiendo notablemente acelerado el ritmo de los intercambios y multiplicado por tanto la frecuencia de las relaciones obligatorias, ha concedido importancia siempre mayor a los derechos de crédito” (BUSNELLI, Francesco. “La lesione del credito da parte di terzi”. Giuffrè. Milano. Pág. 5. En el mismo sentido se ha dicho que “(...) en los sistemas económicos evolucionados la riqueza económica y los recursos productivos consisten, más que en cosas, en pretensiones vinculadas a obligaciones ajenas y pretensiones y deberes que nacen de los contratos”: ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1ª. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 55-56.

⁴⁷⁸ Artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú: *“Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*.
Artículo 62 de la Constitución Política del Perú: *“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”*

⁴⁷⁹ La doctrina es unánime en reconocer la plena diferencia entre invalidez e ineficacia en sentido estricto. “Las causas de invalidez se aplican en el momento reglamentario o programático de la

Una segunda diferencia: en el primer caso (artículo 197° CC) el tercero no adquiere un derecho sobre la base de un contrato celebrado anteriormente por la persona que actúa como transferente y su respectivo acreedor. Para ser más exactos, en el caso de la llamada acción pauliana, el contrato celebrado por el tercero NO necesariamente tiene como sustento o base un contrato celebrado anteriormente; sin embargo, sí podría darse el caso, si es que el tercero adquiriente transfiere el bien a otro y éste hace lo propio, formándose una cadena sucesiva de transmisiones. En cambio, en el caso de la posición del tercero subadquirente frente al contrato inválido, siempre se está ante ello que la doctrina denominada invalidez derivada: el contrato celebrado por aquél sí encuentra como sustento o fundamento un contrato (nulo o anulable) previamente celebrado entre las partes, una de las cuales es ahora quien actúa como transferente.

Además del artículo 197° CC, existen otros supuestos regulados por el Código Civil en los que se brinda tutela a quienes actúan de buena fe. Sin embargo, en la mayoría de los casos, conforme pasamos a detallar, no existe relación alguna entre la tutela brindada por el CC y la que correspondería otorgar para los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos.

actuación autónoma de los privados y son perfectamente correspondientes a los elementos o los requisitos normativamente establecidos (...) En cambio, la ineficacia es la negación de la tutela de realización de los intereses programáticos por cuanto el reglamento o programa, relevante y válido, queda ausente de efectos porque el ordenamiento jurídico no considera que los comportamientos o las conductas, establecidos por las partes para la realización del conjunto de intereses, puedan formar objeto de una calificación de valor en la forma de la modalidad deóntica de poder de obrar o en aquello de deber de obrar. En otras palabras, el programa o el reglamento es incapaz de realizar los intereses o de satisfacer las necesidades programadas por las partes por razones del sistema jurídico ajenas normalmente a los elementos o los requisitos impuestos normativamente”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Anulabilidad e ineficacia del contrato. Dos remedios al alcance de todos pero a la vez de ninguno”. En. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 114. Pág. 74.

La buena fe se ve tutelada en el caso del error vicio⁴⁸⁰ como en el obstativo⁴⁸¹, ya que para poder anular el negocio celebrado bajo la influencia de tales errores⁴⁸², estos deben ser esenciales y conocibles⁴⁸³ por la contraparte.

Con el requisito de la cognocibilidad se aprecia cómo el legislador opta por anular el contrato (a pedido de parte) sólo cuando la parte que no incurrió en el error, se percató de éste, a pesar de lo cual no advirtió de ello a su contraparte y optó por

⁴⁸⁰ En el error vicio (también llamado error dirimente, error motivo o error en el contenido) no existe discrepancia entre la voluntad y declaración; lo que sucede es que tal voluntad se ha formado de manera equivocada o defectuosa. Por ejemplo, declaro que quiero comprar el bien A por las características que éste posee, sin embargo tales características corresponden al bien B. Como se puede apreciar, producto de un error en el momento de la formación de mi voluntad, he declarado que quiero comprar el bien A cuando en realidad lo que deseo es adquirir el bien B. Se trata, en buena cuenta, de un error al momento de formación de la voluntad, sin embargo, tal voluntad, viciosamente formada, guarda perfecta correlación con mi declaración. Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto jurídico, Negocio jurídico y contrato. Op. Cit. Pág. 361; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo I. Op. Cit. Pág. 120.

⁴⁸¹ En el error obstativo (también denominado error obstáculo o error en la declaración) no hay una defectuosa formación de la voluntad del sujeto declarante; tal voluntad ha sido formada adecuadamente y sin error alguno, no obstante, al momento de emitir la declaración, por un lapsus linguae o lapsus calami, el sujeto declara involuntariamente querer adquirir (por ejemplo) el bien A, a pesar de que su voluntad es adquirir el bien B. En este caso el error no se da al momento de la formación de la voluntad, sino al momento de la declaración de la misma, por lo que existe una falta de correspondencia entre voluntad y declaración. Cfr.: TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto jurídico, Negocio jurídico y contrato. Op. Cit. Pág. 362; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo I. Op. Cit. Pág. 121.

⁴⁸² Por las sutiles diferencias existentes entre el error vicio y el error obstativo (al punto que es muy difícil, por no decir imposible, acreditar que estamos ante uno de tales casos y no ante el otro), el legislador ha optado (acertadamente) por darles a ambos supuestos la misma solución: anulabilidad del negocio. Así lo consagra el artículo 208 CC, según el cual: “Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona (...)”. Sin embargo, para un sector de la doctrina nacional, la sanción en el caso del error obstativo debió ser la nulidad. Cfr.: TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. Cit. Pág. 152.

⁴⁸³ Artículo 201 CC.- *“El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”.*

celebrar el negocio. Es decir, se sanciona el acuerdo de las partes cuando una de ellas (aquella que no incurrió en el error) actuó de mala fe; caso contrario, si aquélla no tuvo forma de conocer el error en que estaba incurriendo su contraparte, el sistema jurídico impide que ésta pueda anular el contrato, prefiriendo tutelar la buena fe de aquélla⁴⁸⁴.

En el caso del dolo causante⁴⁸⁵ sucede lo mismo, ya que si una de las partes celebra un contrato influenciado por el engaño de un tercero, tal negocio será pasible de anulación sólo si la parte que no fue víctima del engaño, no tuvo

⁴⁸⁴ Por ello, hizo bien el legislador en establecer que producto de la anulación del negocio por error, la parte que no solicitó tal anulación, no tiene derecho a indemnización alguna. Sin embargo, el problema está en que por la mala redacción del artículo 207 CC, se concluye que la parte que solicitó la anulación del negocio y la obtuvo, tampoco se encuentra legitimada para solicitar una indemnización. Esto claramente es un error, por cuanto si uno de los sujetos del contrato, actuando de mala fe, se percató del error en que estaba incurriendo su contraparte, y a pesar de ello no lo comunicó, entonces debe indemnizarla en caso le hubiese ocasionado un daño por tal conducta desleal. Para un interesante análisis del artículo 207 CC, recomendamos ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. El caso del artículo 207 del Código Civil peruano". En: Themis. Revista de Derecho. N° 49. Págs. 153-160.

⁴⁸⁵ El dolo viene a ser el engaño usado por uno de los contratantes para inducir a error a su contraparte, y de esta forma obtener alguna ventaja que no podría alcanzar en caso el negocio se celebrara en condiciones normales, sin mediar un engaño. El dolo se clasifica en dos tipos: dolo positivo y dolo omisivo. El primero se caracteriza porque es una de las partes quien mediante argucia, ardid o engaño, produce que su contraparte incurra en un error. Se trata de un engaño provocado. El dolo omisivo, por el contrario, no consiste en hacer caer en error a la contraparte, sino sencillamente en callar y no advertir del error en que aquélla ha caído de forma natural. En este último caso el engaño no es provocado, simplemente se calla ante el error ajeno. Si bien el dolo omisivo y el error son dos figuras muy similares cuya diferenciación muchas veces es complicada, la doctrina ha pretendido distinguirlas en base al énfasis que se atribuye a uno u otro comportamiento. Así, se ha dicho que mientras que el error es un producto más o menos espontáneo de la mente del declarante, que para ser relevante o causal de anulación debe ser esencial y conocible, el dolo requiere una cooperación deliberada y maliciosa del otro contratante; hay engaño; es un error no espontáneo sino inducido. Por ello "el dolo es distinto del genuino y espontáneo error, porque en el dolo existe la finalidad, la ilícita intención de engaño por acción u omisión. No es el caso del error que habiendo sido conocido no es hecho notar". LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Error conocible". En: Código Civil Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2003. Págs. 868-872.

conocimiento o no se percató del mismo⁴⁸⁶. Es decir, sólo se tutela al contratante que actúa de buena fe.

No obstante, debe tenerse en consideración que tanto en el caso del error como en el dolo, la tutela que brinda el Código NO es a favor de terceros subadquirientes, sino a favor de las mismas partes contratantes. En el caso del error, se tutela a la PARTE que no conocía del error; y en el caso del dolo se tutela a la PARTE que no tuvo conocimiento sobre el engaño del tercero.

Es más, en ambos casos (nos referimos a los artículos 201º y 210 CCº), se hace referencia a la buena fe no tanto como un estado psicológico que conduce a un sujeto a creer que está actuando conforme a ley (lo que comúnmente se denominada buena fe subjetiva⁴⁸⁷). En tales artículos, si bien se tutela la buena fe con que ha actuado una de las partes contratantes, no se trata de una buena fe que vaya de la mano con la confianza depositada por ella en alguna situación fáctica o jurídica; se trata simplemente de una exigencia de honestidad y comportamiento probado dirigida a tal contratante, que tiene como finalidad que éste no se aproveche del error en que incurrió su contraparte. Es decir, en tales supuestos estamos ante lo que la doctrina denomina buena fe probidad⁴⁸⁸, a

⁴⁸⁶ Artículo 210 CC.- “El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él”. (el énfasis es agregado)

⁴⁸⁷ La buena fe subjetiva, también denominada buena fe creencia, consiste en un estado psicológico en virtud del sujeto, una creencia personal respecto de que su actuación es conforme a derecho; en otras palabras, “consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho (...)”: DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe. Editorial Bosch. Barcelona. 1965. Pág. 57.

⁴⁸⁸ La buena fe objetiva, conocida también como buena fe probidad, es la conducta en el obrar, proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarlo y sin pretender hacer

diferencia del tema que nos ocupa, en el cual la tutela del tercero contratante frente al contrato inválido, se sustenta en una creencia sobre la validez del contrato que aquél celebró (buena fe subjetiva)⁴⁸⁹

Precisamente sobre este punto se ha dicho que “la mayor parte de la doctrina quiere fundar el criterio restrictivo del Codice, en materia de anulación, en la confianza de la otra parte contratante. Pero esto no es admisible, la confianza se da frente a terceros, pero no ínter partes, exige una esencial extraneidad. Donde hay una recíproca ligazón de intereses, no cabe la confianza. Precisamente, los requisitos peculiares de los vicios de anulación, destacan la necesaria colaboración entre las partes contratantes. Mala fe, reconocibilidad, etc. Es particularmente relevante el tratamiento del error. Si éste fuere reconocible, la otra parte debe advertirlo a aquélla que lo sufre. Lo que se sanciona así es la negligencia en no procurar solidarizarse en la común voluntad. Se debe, pues, buscar otra razón distinta a la confianza de las partes para justificar los indiscutibles efectos de los contratos anulables”⁴⁹⁰.

Donde sí resulta del todo clara la tutela brindada a la buena fe en su versión subjetiva, entendida como desconocimiento sobre la inexactitud o ilicitud de

uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor. Cfr. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe. Editorial Montecorvo. Madrid. 1984. Pág. 88.

⁴⁸⁹ Esta clasificación de la buena fe ha sido reconocida y admitida en doctrina nacional. Así por ejemplo FERNANDEZ CRUZ, para quien la buena fe objetiva o buena fe probidad supone un comportamiento de fidelidad basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente. Por su parte, la buena fe subjetiva o buena fe creencia, se refiere más a la errónea suposición o a la ignorancia de un sujeto sobre una situación que es susceptible de cuestionar su propio derecho. Cfr.: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. En: Derecho. N° 41. Diciembre. 1987. Pág. 159 y ss.

⁴⁹⁰ LUCARELLI, Francesco. *Lessione d'interesse e annullamento del contratto*. Giuffrè Editore. Milano. 1964. Pág. 288.

determinada situación, es en el artículo 1268° CC⁴⁹¹. En este supuesto se tutela al falso acreedor que actúa de buena frente al pago indebido; es decir, se tutela a aquella persona que creyó tener derecho a recibir el pago que se le hacía.

Sin embargo, es de notar, al igual que en los casos anteriores, que no estamos ante un tercero subadquirente que actúa sobre la base de un contrato inválido previamente celebrado. Quien recibe un pago no se vincula negocialmente con aquella persona que efectúa el mismo. No hay dudas de que el pago vincula jurídicamente al “*tradens*” y al “*accipiens*”⁴⁹², pero de ninguna manera vincula negocialmente a ambas partes, toda vez que el pago no se configura como un negocio jurídico⁴⁹³.

⁴⁹¹ Artículo 1268° CC.- “*Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor*”.

⁴⁹² Esta vinculación jurídica derivada de un pago indebido radica en que tal pago es fuente de obligaciones: quien pagó tiene el derecho de exigir la devolución de lo pagado indebidamente, mientras que quien recibió el pago está obligado a devolver lo recibido, salvo, claro está, que se presente un supuesto como el regulado en el artículo 1268 CC: Cfr. BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Tomo II. Op. Cit. Pág. 128.

⁴⁹³ En efecto, “la teoría que considera al pago como un negocio jurídico, viene siendo abandonada por la doctrina dominante con la entrada en vigor del nuevo código, el cual establece que para el pago no es necesaria la capacidad que sí es exigible para el cumplimiento de los negocios jurídicos. En defecto del requisito mínimo y generalísimo de la capacidad de actuar, no existe la posibilidad de conducir la producción del efecto al mecanismo del negocio jurídico”: ROPPO, Vincenzo. Adempimento e liberalità. Giuffrè. 1947. Pág. 385 y ss. En el mismo sentido se ha dicho que “el cumplimiento no es, jurídicamente hablando, un acto “libre”, sino un acto “necesario”: el deudor debe cumplir y el cumplimiento es sancionado con el resarcimiento de los daños, porque constituye un ilícito. Por lo tanto, el cumplimiento es un acto debido, el cual, justamente por ostentar dicha característica, se ubica en un plano opuesto al del acto negocial, que es “libre” en términos jurídicos”: GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. 10ª. Edizione. ESI. Nápoles. Págs. 566.

Por ello, si bien el artículo 1268º CC tutela a quien actúa de buena fe creyendo tener legitimidad para recibir el pago, tampoco demuestra la intención del legislador de tutelar a terceros que adquieren derechos sobre la base de un negocio jurídico (inválido) previamente celebrado.

Otra situación que merece análisis es el artículo 1225º CC⁴⁹⁴, el cual regula, aunque de forma imperfecta, el pago al acreedor aparente, en cuyo caso aquél que pagó a quien ostentaba legitimidad para recibir el pago, se libera del deber de pagar al verdadero acreedor⁴⁹⁵

Sobre el particular, la doctrina sostiene que “(...) la titularidad de los derechos subjetivos influye directamente, a su vez, en la legitimación del sujeto, por lo que la situación jurídica que aparece como existente en virtud de la apariencia es una situación de legitimación. El nexo entre apariencia y legitimación es indicado por la ley misma, la cual define al acreedor aparente como el que aparece legitimado para recibir el pago, sobre la base de circunstancias unívocas, mientras que otras veces habla de titular aparente (...)”⁴⁹⁶

De esa forma, “(...) la apariencia hace gravitar la *fattispecie* del acto o negocio en la protección y en la posición jurídica del tercero de buena fe y en la legitimación de éste. De tal forma, **el efecto liberatorio del pago al acreedor aparente no se**

⁴⁹⁴ Artículo 1225º CC: “*Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo*”.

⁴⁹⁵ Así lo establece el artículo 1189 del Código Civil Italiano, el cual lamentablemente no tiene una redacción similar en nuestro Código Civil, aunque podemos decir que tal norma ha sido imperfectamente “adaptada” a nuestro Código por medio del artículo 1225. El referido artículo 1189 del Codice establece que: “El deudor que realiza el pago a quien aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas, queda liberado si prueba haber procedido de buena fe”.

⁴⁹⁶ FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Op. Cit. Pág. 193.

deriva de la legitimación de éste para recibir el pago, sino de la legitimación del deudor de buena fe para pagar con efecto liberatorio a aquél que, por circunstancias unívocas, parece ser el verdadero acreedor⁴⁹⁷ (el énfasis es nuestro).

No obstante, en este caso ocurre lo mismo que señalamos con relación al artículo 1268º CC: no estamos ante un tecero subadquirente que actúa sobre la base de un contrato inválido previamente celebrado.

Otro artículo que merece atención es el 948º CC⁴⁹⁸, que consagra la adquisición a non domino de bienes muebles, protegiendo al adquirente que de buena fe recibe la posesión de un bien, creyendo que el transferente cuenta con legitimidad para disponer del mismo.

Al respecto, se ha dicho que “la apariencia, como situación de hecho que manifiesta y hace aparecer como real una situación jurídica no real, puede presentarse solo cuando exista una situación capaz de desplegar una fuerza de señalización de realidad. Por lo tanto, no pueden dar lugar a hipótesis de apariencia, aquellos hechos que se caracterizan por tener una estructura opaca, y que por ello no son capaces de señalar nada, salvo su propia existencia. Por la misma razón, y por lo menos en el derecho positivo italiano, la *fattispecie* de la posesión no puede ser considerada, sino incorrectamente, como figura de

⁴⁹⁷ Ibid. Pág. 194.

⁴⁹⁸ Artículo 948º CC: “*Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal*”.

apariencia”⁴⁹⁹. Sin embargo, “no es de descartar que en aquellos ordenamientos (como el peruano) en los cuales se asigna a la *traditio* un papel constitutivo en la adquisición de la propiedad mobiliaria, en atención a que existe un elevado índice de probabilidad sobre la coincidencia entre situación posesoria y derecho de propiedad, la primera pueda actuar como signo del segundo, y generar, de tal manera, una *fattispecie* de apariencia, cuando ella no vaya acompañada del derecho de propiedad. En cambio, cuando la ley no liga la posesión con la propiedad con un medio semejante, ni con otra relación así de estricta, no puede tener lugar el fenómeno de la apariencia”⁵⁰⁰

Teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico sí ha consagrado a la tradición como mecanismo de transferencia de la propiedad para bienes muebles⁵⁰¹, no quedan dudas de que la posesión sobre los bienes muebles es un mecanismo de publicidad que crea una apariencia jurídica, legitimando de esta forma las adquisiciones realizadas por aquellas personas que contrataron confiando en tal apariencia.

Sin embargo, el supuesto regulado en el artículo 948° CC, encuentra marcadas diferencias con el caso de la tutela de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos.

⁴⁹⁹ FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Op. Cit. Pág. 186.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*

⁵⁰¹ Artículo 947° CC: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

En el caso de la adquisición a non domino de bienes muebles, la misma tiene como sustento un mecanismo de publicidad de situaciones jurídicas, que en este caso viene a ser la posesión⁵⁰². Esta posesión es precisamente el elemento que da lugar a la adquisición de la propiedad por más que el transferente no haya sido el propietario del bien. Por el contrario, en el caso de la tutela de terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, no existe un mecanismo de publicidad, ya que se trata de contratos celebrados sobre bienes que no se encuentran inscritos en registros Públicos, por lo que en este caso el Registro no funge como medio de publicidad. Y en el caso de la posesión, ésta no está consagrada legislativamente (a diferencia del Registro) como un medio de publicidad que de forma general proteja a terceros subadquirientes frente a contratos inválidos.

En segundo lugar, en el caso de la adquisición a non domino, el defecto que subsana el artículo 948° CC, es un defecto en cuanto a la legitimidad de la parte que dispone del bien mueble. Es decir, el transferente de la propiedad del bien actúa sin contar con legitimidad para disponer de aquél. Esta legitimidad es un requisito de eficacia de los negocios jurídicos⁵⁰³, mas no incide sobre la validez de

⁵⁰² Para lograr un adecuado nivel de exclusión u oponibilidad, el sistema de transferencia de propiedad con el que se cuente debe basarse en un signo de cognocibilidad que permita a terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. El signo de cognocibilidad es la forma cómo se publicita el derecho de propiedad del titular del bien; en otras palabras, aquello que demuestra que estoy contratando con el verdadero propietario. Puede tratarse de un documento privado, escritura pública, la posesión, el registro del bien a nombre del titular; en fin, cualquier elemento que publicite el derecho de propiedad. La ley, por lo tanto, opta por el signo de cognocibilidad que mejor publicite el derecho de propiedad, dependiendo del tipo de bien específico, de modo que sea posible individualizar adecuadamente al dueño. En el caso de los bienes muebles, el sistema de transferencia de propiedad en el Perú se sustenta como regla general en la posesión como mecanismo de cognocibilidad o publicidad: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. "Un mundo sin propiedad. (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: Derecho. N° 45. 1991. Págs. 138-145.

⁵⁰³ La legitimidad es la competencia que tiene la parte de disponer o transferir las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Sin legitimación como un requisito de las partes contratantes, el contrato no puede surtir efectos jurídicos; por ello, la legitimidad es una capacidad

tal negocio. Esto quiere decir que el artículo 948° CC subsana un defecto de eficacia en sentido estricto. Por el contrario, en el caso de la tutela de terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos, lo que se subsana es un vicio estructural que origina la invalidez del negocio, por lo que la justificación para tutelar a tales terceros se torna más ardua.

Consciente de esto último, el legislador, en la parte final del 948° CC, señaló que no procede la adquisición a non domino sobre bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. ¿Cuál es la razón para que en tales supuestos no proceda la adquisición a non domino?

Muy simple: en la transferencia de bienes muebles adquiridos con infracción de la ley penal, la persona que los transfiere previamente los adquirió vulnerando normas imperativas, por lo que tal negocio deviene en nulo, y esta nulidad también vicia las posteriores transferencias del bien, incluso aquellas celebradas por quien actúa de buena fe confiando en la posesión como mecanismo idóneo de publicidad.

Lo mismo sucede en el caso de la transferencia de bienes perdidos, ya que tales contratos también son nulos por cuanto vulneran una norma imperativa, como lo es el artículo 932° CC⁵⁰⁴.

normativa, es decir, capacidad para producir efectos jurídicos: DI MAJIO, Adolfo. "Voz: Legittimazione negli atti giuridici". En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XXIV. Giuffré. 1967. Pág. 54

⁵⁰⁴ Artículo 932° CC.- *"Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos"*.

Por ende, no obstante la importancia del 948° CC por reconocer a la buena fe en la contratación y a partir de allí tutelar la posición de los terceros contratantes, de dicha norma no es posible arribar a un mecanismo general de tutela a favor de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada.

Finalmente, la norma que mayor relación o afinidad guarda con el tema central de la presente investigación, es el artículo 194° CC⁵⁰⁵. Según tal norma, la nulidad de los contratos simulados no puede afectar a terceros de buena fe y a título oneroso que hayan confiado en la apariencia creada por las partes.

¿Es posible aplicar esta norma de forma analógica a todo los contratos inválidos a efectos de proteger a los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe ?

De ser la respuesta afirmativa, ¿Se aplicará este mecanismo de tutela a favor de terceros subadquirentes incluso cuando se haya contratado sobre bienes que sí se encuentran registrados? ¿No existe una cierta colisión entre lo normado en este artículo y la fe pública registral consagrada en el 2014° CC? Todas estas interrogantes serán abordadas en el capítulo siguiente.

⁵⁰⁵ Artículo 194° CC.- “La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”.

CAPITULO V

LA INVALIDEZ DERIVADA DE SIMULACION Y LA EXCEPCIONAL TUTELA FRENTE A LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES A TITULO ONEROSO Y DE BUENA FE

1. Nociones preliminares

El artículo 194° del Código Civil (en adelante CC) es una norma que desde nuestro punto de vista no ha recibido, en sede nacional, el análisis merecido, salvo alguna honrosa excepción⁵⁰⁶ que si bien se ha pronunciado sobre el tema, ha dejado de lado algunos puntos que definitivamente merecen particular análisis y teorización⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos". En: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 281-300.

⁵⁰⁷ Interesante es el trabajo del profesor Rómulo Morales, quien si bien no tiene como finalidad avocarse de lleno al análisis del artículo 194° CC (a diferencia del presente ensayo), arriba a interesantes conclusiones partiendo de tal norma: "La nulidad o la ineficacia del contrato simulado son soluciones incompatibles. Es decir, o se regula la nulidad o se norma la ineficacia del contrato simulado. Es ilógico regularlas al mismo tiempo. No caben regularlas juntas en un código civil (...) Quienes siguen los modelos de los códigos civiles francés y alemán pueden sustentar con razón que un contrato simulado es nulo. Por el contrario, quienes siguen la posición romanista e italiana, la sanción debe ser la ineficacia". Sin embargo, en el Perú el legislador optó por una solución mixta, por cuanto "textualmente el CC incorporó el modelo italiano en simulación relativa y el modelo alemán en simulación absoluta", por lo que en nuestro país "el contrato simulado será ineficaz en simulación relativa y no nulo. Por su parte, el contrato simulado es nulo en simulación absoluta de conformidad con el numeral 5 del artículo 219 del CC": MORALES HERVIAS, Rómulo.

El artículo 194º CC establece que: *“La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”*.

El correcto entendimiento de este artículo resulta fundamental, por cuanto de ello derivará la posibilidad o imposibilidad de consagrar una norma general en materia de nulidad contractual; esto es: la tutela irrestricta de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos declarados judicialmente nulos⁵⁰⁸.

Según tal norma, la nulidad de los contratos simulados no puede afectar a terceros de buena fe y a título oneroso que hayan confiado en la apariencia creada por las partes del acuerdo simulatorio⁵⁰⁹. Corresponde preguntarse: ¿Cuáles son los alcances de esta norma? ¿En qué supuestos debe aplicarse? ¿De qué forma

“Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”. En: Estudios sobre Teoría General del Contrato. Prólogo de Giovanni B. Ferri. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006. Págs. 307-342.

⁵⁰⁸ En alguna oportunidad ya nos hemos pronunciado sobre la materia: PASCO ARAUCO, Alan. “Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables. A propósito de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222 del Código Civil”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 141. Junio. 2010. Págs. 99-118; sin embargo, en aquella ocasión el análisis estuvo centrado en la tutela de los terceros subadquirientes frente a los contratos anulables; por el contrario, en esta oportunidad el análisis se dará con relación a los contratos nulos derivados de una simulación, y la posibilidad de oponer tal nulidad a los terceros contratantes.

⁵⁰⁹ “El acuerdo simulatorio, que es considerado, precisamente, un elemento esencial de la simulación, no es otra cosa que un contrato, es decir, una unión, ya no de voluntades internas, sino de declaraciones. Por consiguiente, en la simulación tenemos una combinación, una vinculación de dos contratos distintos que deben ser simultáneos; en caso contrario, uno tendría naturaleza de contrato que disuelve el otro ya concluido, y elimina sus efectos. El acuerdo simulatorio, impeditivo de los efectos, debe ser contextual y simultáneo al contrato simulado”: FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser León. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. 1ª. Edición en castellano. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004. Pág. 14.

debe ser interpretada y aplicada para preservar la coherencia del sistema⁵¹⁰ contenido en el Código Civil? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la norma contenida en el artículo 194º CC? ¿Consagra tal artículo un principio general de tutela de la apariencia jurídica frente a contratos inválidos?

Todas estas interrogantes encontrarán respuesta una vez finalizado el presente capítulo, pero antes de ello, es menester realizar algunos brevísimos apuntes sobre la simulación, como causal de nulidad consagrada por nuestro CC.

2. Breves apuntes sobre la simulación

Comúnmente se dice que la simulación es un típico caso de discrepancia entre voluntad interna y voluntad declarada⁵¹¹, realizada de común acuerdo entre las

⁵¹⁰ Reparemos en la autonomía del concepto de ordenamiento en relación con el concepto de sistema. La separación entre ambos conceptos se realiza cuando el problema de la validez se segrega del problema del contenido de la norma: uno encuentra respuesta en el concepto de ordenamiento; otro, en el concepto de sistema. El problema de la validez, como problema del ser jurídico de la norma, se resuelve en base a las normas del ordenamiento al que ésta pertenece: validez y pertenencia a un ordenamiento son la misma cosa. Así, el conjunto de normas se eleva a unidad, porque todas pertenecen a un ordenamiento y todas basan su validez en las reglas internas del mismo. Pero esta unidad calla sobre el contenido de las normas. El sistema hace referencia, por el contrario, precisamente al contenido de las normas: lo que éstas describen o prescriben. La pertenencia al mismo ordenamiento no demuestra que una pluralidad de normas constituya un sistema. En síntesis, mientras la prueba de la validez se obtiene de la observancia de las reglas de producción, propios de todo ordenamiento; la prueba del sistema viene dada mediante el análisis de contenido: IRTI, Natalino. Texto de la conferencia “Método sistemático y leyes especiales”. Pronunciado el 4 de abril de 1986, en el congreso sobre “La sistemática jurídica”, organizado por la Academia Nazionale dei Lincei y por el Instituto della Enciclopedia Italiana.

⁵¹¹ CARIOTA FERRARA, Luigi. EL negocio jurídico. Editorial Aguilar. Madrid. 1956. Pág. 440; TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 162; STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Págs. 154-158; MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ara Editores. 2007. Págs. 455-456; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Tomo Segundo. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Fundación Cultural del Notariado. 1998. Madrid. Págs. 475-485; LEON BARANDIRAN, José. Curso del Acto Jurídico. Con referencia al proyecto del código civil peruano.

partes contratantes a través del acuerdo simulatorio⁵¹², con el fin de engañar⁵¹³ a terceros⁵¹⁴.

A pesar de su inicial aceptación mayoritaria, esta forma de entender a la simulación como una consciente discrepancia entre declaración y voluntad ha recibido duras críticas por parte de la doctrina. Así, para KOHLER, “la simulación

1ª. Edición. Lima. 1983. Pág. 30; MELICH ORSINI, José. La noción de la simulación y sus afines. Ediciones Fabretón. Pág. 12-13.

⁵¹² “Con el acuerdo simulatorio se acompaña al contrato simulado, que es constitutivo de la naturaleza solo ficticia de aquel: con él las partes convienen que el contrato simulado no tiene valor, porque no quieren sus efectos; y convienen cuáles son los efectos realmente queridos (...) Las manifestaciones de voluntad que constituyen el acuerdo simulatorio se definen como “contradecaraciones”, en cuanto contrastan el sentido y el contenido de las declaraciones que forman el contrato simulado”: CARRESI, Franco. “Apparenza e realtà del contratto”. En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1963. Pág. 1963.

⁵¹³ “Esta figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero”: LEAL DAVILA, Orlando. Tres estudios sobre la simulación. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1993. Pág. 87.

⁵¹⁴ No obstante la existencia de este pretendido fin de engañar a terceros, “(...) la ley no tiene prejuicios morales en contra de la simulación: no considera que fingir contratos no verdaderos (o hacer contratos ficticios) sea malo en sí, y merezca estar generalmente prohibido; ni siquiera piensa que los intereses que impulsan a las partes a crear una apariencia contractual no conforme con la realidad sean siempre intereses ilícitos o reprobables. La ley, simplemente, constata que el fenómeno existe: que las partes, en el ejercicio de su actividad contractual, a veces simulan. Y se preocupa por regular las consecuencias, para resolver en modo correcto y racional los problemas que surgen, sea entre las partes mismas, como entre terceros”: ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 641. En el mismo sentido se ha dicho que “(...) la regla según la cual el contrato simulado no produce efecto entre las partes, es respetuosa de la autonomía privada, y demuestra que la ley no quiere reprimir la simulación: si tuviera tal intención represiva, el modo más eficaz para hacerlo consistiría en decir – contra las elecciones de la autonomía privada – que el contrato simulado produce efectos entre las partes. Si esta fuera la regla, no se harían más contratos simulados”: MONTECCHIARI, Tiziana. La simulazione. En: Contratti. Cendon. X. Torino. 2000. Pág. 11.

no entraña ninguna divergencia, sino que reviste más bien el carácter de una acción de voluntad totalmente distinta de una parte de ella que arbitrariamente se escinde y que es la única que se pone en conocimiento de los terceros”⁵¹⁵. En el mismo sentido, CARNELUTTI critica esta forma de entender a la simulación: “Tradicionalmente, la simulación se considera como divergencia entre la voluntad verdadera y la voluntad declarada, lo que según el análisis por mí efectuado del elemento formal, se traduciría en una divergencia entre forma y voluntad (intención). Pero la verdad es que cuando el acto es simulado, su forma es plenamente querida, sea cual fuere la especie de simulación. Lo que le falta en comparación con el acto no simulado, no es la adecuación de la voluntad, sino la adecuación de la causa a la forma. Para poder pensar lo contrario, es preciso admitir que dependen de la voluntad del agente no tanto la forma del acto, como los efectos jurídicos de éste, y construir, por consiguiente, la diferencia entre el acto no simulado y el acto simulado en el sentido de que en el primero se quieren, y en el segundo no, los efectos jurídicos; pero aunque difundida, esta es una opinión completamente equivocada”⁵¹⁶.

Se sostiene también que las descripciones de la simulación en términos de mera divergencia entre voluntad y declaración, obvian los elementos positivos que también forman parte del fenómeno simulatorio: “En las elaboraciones de matriz pandectística, basadas sobre el dogma de la voluntad, el fenómeno de la simulación estaba sustancialmente reducido al elemento del contrato simulado, tomado en su dimensión negativa. De aquí las descripciones en términos de mera divergencia entre voluntad y declaración: entre la declaración de hacer un contrato, y la voluntad de no hacerlo. Las elaboraciones sucesivas ofrecen una

⁵¹⁵ KOHLER. Diccionario de Derecho Privado. Tomo 2. Editorial Labor S.A. Barcelona. 1967. Pág. 3628.

⁵¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Editorial UTEHA. Buenos Aires. 1944. Págs. 462 y ss. En el mismo sentido: FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. 1ª. Edición. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser León Hilario. Editorial Grijley. 2004. Pág. 12

más rica y compleja representación del fenómeno, valorando los elementos positivos: el de la apariencia que el contrato simulado, aun cuando no querido realmente, objetivamente crea; y el del acuerdo simulatorio (de la contradecларación), como fuente que concurre a conformar situaciones, relaciones y efectos consecuentes a la simulación”⁵¹⁷

Estas duras críticas contra la noción clásica de entender a la simulación como divergencia consciente entre voluntad y declaración, dieron lugar a la proliferación de nuevas y diversas formas de entender el fenómeno simulatorio.

Así, se ha dicho que en la simulación se presenta más que un contraste entre voluntad y declaración, una divergencia entre la declaración que se emite para el mundo exterior y la contradecларación, destinada a operar entre las partes. Esta es la posición de los tratadistas franceses, para quienes la nulidad en los negocios jurídicos simulados está causada por su ocultación por otro negocio jurídico convenido al mismo tiempo que aquel conocido por los terceros, y que se ha mantenido en secreto⁵¹⁸. En efecto, la mayoría de autores franceses, al momento de definir la simulación, hacen especial referencia a la coexistencia de dos declaraciones de voluntad, lo cual produciría su posterior neutralización. Así, para PLANIOL Y RIPERT “Hay simulación cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra convención, contemporánea a la primera y

⁵¹⁷ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. A cura de Eugenia Ariano Deho. 1. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 641. En el mismo sentido: GALGANO, Francesco. El negocio jurídico. Traducción realizada por Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. Pág. 335.

⁵¹⁸ ROMERO DE SILVA, Marcela y DE LA LOMBANA BILBAO, Miren. La simulación en los actos jurídicos. Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. República de Colombia. 1971. Pág. 26.

destinada a permanecer secreta”⁵¹⁹; en el mismo sentido JOSSERAND, para quien “la simulación consiste, por parte del autor o autores de un acto jurídico, en causar un engaño al público sobre la identidad, naturaleza, las partes, el beneficiario o las modalidades de la operación realizada, con relación a otro acto que se celebra de forma contemporánea”⁵²⁰; al igual que los MAZEAUD, quienes sostiene que “la simulación es la operación por la que se crea una situación jurídica aparente que difiere de la situación jurídica verdadera que se presenta de forma correlativa”⁵²¹

Otro sector doctrinario se ha animado a decir que, en realidad, en la simulación lo que acontece es un divergencia desde el punto de vista causal entre dos contratos, uno de los cuales (el acuerdo simulatorio) priva de su causa al otro⁵²². Algunos, por su parte, han sostenido que en la simulación no se da oposición entre voluntad y declaración, sino que las partes adoptan un lenguaje convencional, atribuyéndole a la declaración un significado atípico que para los

⁵¹⁹ PLANIOL Y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VI. Traducción de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural S.A. La Habana. Pág. 645.

⁵²⁰ JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones. Volumen I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Editorial Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. Pág. 254.

⁵²¹ HENRI, JEAN Y LEON MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Parte 2. Volumen III. Cumplimiento, Extinción y Transmisión de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1969. Págs. 101.

⁵²² En este sentido CARNELUTTI, para quien “La simulación es el modo de ser del acto (imperativo) según el cual su forma es querida en relación con un interés cuya satisfacción requiere, no la realidad, sino sólo la apariencia del efecto jurídico que la Ley le atribuye; en otros términos: es simulado el acto (imperativo), cuando se realiza sin interés en la producción del efecto jurídico propio de su forma. Que después el interés del agente excluya la producción de cualquier efecto jurídico o bien requiera la producción de un efecto jurídico distinto del que la Ley atribuye al acto, sirve para distinguir la simulación absoluta, de la relativa. En este sentido, la simulación se concibe netamente como un modo de ser del acto según la causa y no como un modo de ser según la voluntad”: CARNELUTTI, Francesco. “EL acto simulado”. En: La simulación en los actos jurídicos. Compilación y Extractos de Fernando Quiceno Alvarez. 2ª. Edición. Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá- Caracas – Panamá – Quito. Pág. 257

estipulantes es el único real⁵²³. Inclusive, se ha argumentado que hay simulación cuando las partes se proponen por medio del contrato una finalidad divergente de la causa típica y que entonces el entendimiento simulatorio funciona como un negocio auxiliar, dirigido a realizar la interpretación auténtica de las disposiciones tomadas por los contratantes, que así establecen la realidad de sus relaciones⁵²⁴

Al margen de las diversas y muchas veces contradictorias posiciones sobre la simulación, en lo que sí existe consenso unánime en la doctrina - y en las diversas legislaciones-, es en reconocer dos tipos de simulación: la simulación absoluta⁵²⁵, en la que el acuerdo simulatorio establece que, en lugar de la relación que deriva del contrato simulado, no se constituya entre las partes ninguna relación contractual; y la simulación relativa⁵²⁶, cuando el acuerdo simulatorio establece que, en lugar de la relación que deriva del contrato simulado, se constituya entre las partes una relación contractual distinta, a la que se denomina contrato “disimulado” u “oculto”.

⁵²³ Para una crítica a esta posición doctrinaria, recomendamos ver: SCONAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. Págs. 161 y ss.

⁵²⁴ En este sentido BETTI: “La discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención practica perseguida en concreto puede configurar una verdadera incompatibilidad y entonces se presenta el fenómeno de la simulación”

⁵²⁵ Artículo 190° CC.- *“Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente la voluntad para celebrarlo”.*

⁵²⁶ Artículo 191° CC.- *“Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”.*

Tanto para los alemanes como para los franceses, en ambos tipos de simulación (absoluta y relativa) el negocio jurídico simulado es siempre nulo⁵²⁷, por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes⁵²⁸; mientras que en la simulación relativa el acto disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma, será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes.

Para los italianos⁵²⁹, en cambio, el contrato simulado es válido pero ineficaz en ambos tipos de simulación⁵³⁰.

⁵²⁷ No obstante que ambas escuelas califican al negocio simulado de nulo, para la escuela alemana, la base de la simulación no es, como afirma la escuela francesa, la consideración de dos convenciones contrarias y sucesivas de las cuales la última modifica o destruye los efectos de la anterior, sino que simplemente es un solo acto o convención formado por una declaración y una contradeciaración simultáneas que dan como consecuencia un negocio jurídico que no produce efecto alguno, ya que ambas convenciones se neutralizan recíprocamente. En esta doctrina no hay, como en la francesa, una sustitución o prevalencia de lo real sobre lo aparente. Aquí existe un simple fenómeno de neutralización de un negocio que tiene apariencia de tal pero que en verdad no es nada: ROMERO DE SILVA, Marcela y DE LA LOMBANA BILBAO, Miren. La simulación en los actos jurídicos. Ob. Cit. Pág. 59-60.

⁵²⁸ Así por ejemplo: LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías - Picavea, de la Tercera edición original alemana de 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1978. Pág. 500; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. 4ª. Edición. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 1998. Pág. 484. En sede nacional esta posición ha sido sostenida por: TABOADA CORDOVA, Lizardo. "Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos". En: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Pág. 290.

⁵²⁹ Por ejemplo: RICCIUTO, Vincenzo. "La simulazione". En: Trattato dei contratti. Diretto da Pietro Rescigno. A cura di Enrico Gabrielli. UTET. Turín. 1999. Tomo Secondo. Pág. 1421; TALAMANCA, Mario. Istituzioni di Diritto Romano. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1990. Pág. 230; FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Ob. Cit. Pág. 15; ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 658; MONTECCHIARI, Tiziana. La simulazione. Ob. Cit. Pág. 879.

⁵³⁰ "(...) el contrato simulado es ineficaz (entre las partes) no porque falte la voluntad interna o psicológica de los contratantes, sino porque está presente, y es simultánea, como fuerza que impide, una voluntad negativa, la cual encuentra su manifestación en el acuerdo simulatorio o pacto de simular. Es decir, no hay ausencia de voluntad, sino presencia de una voluntad contraria y

En nuestro país, siguiendo la posición germana, que concibe a la simulación como una discrepancia consciente entre voluntad y declaración, se ha dicho que siempre el negocio simulado es nulo: (...) resulta incongruente que el legislador peruano (en el artículo 219° inciso 5⁵³¹) haya sancionado con nulidad únicamente al negocio jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto como ya se indicó, el negocio simulado es nulo tanto en la simulación absoluta como en la relativa. Como consecuencia de ello, debe entenderse que la causal de anulabilidad contemplada en el inciso 3 del artículo 221° CC⁵³², se aplica sólo para **el acto disimulado** en los supuestos de simulación relativa, cuando aquél,

no simplemente interna, sino declarada (...): FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Ob. Cit. Pág. 15-16. En el mismo sentido ROPPO: “La reconstrucción más realista capta la esencia del fenómeno en a creación intencional y acordada de una apariencia de efectos contractuales en realidad no queridos; por lo tanto en una “maniobra” de las partes sobre los efectos del contrato, no tan lejana de los otros mecanismos igualmente ofrecidos a la autonomía privada para permitirles desviar los efectos contractuales de su curso ordinario, en direcciones más funcionales a los intereses de las partes: condición, preliminar, fideicomiso. En esta perspectiva, el fenómeno se coloca mejor en el terreno de los efectos, que en el del supuesto de hecho: la categoría de la ineficacia es por lo tanto la más idónea para describir la naturaleza y alcance: ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 658-659. En sede nacional: MORALES HERVIAS, Rómulo. Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”. Ob. Cit. Pág. 316-317, para quien: “Es claro que quienes sostienen la nulidad del contrato simulado, como lo regulan los códigos francés y alemán, parten de que la simulación es un supuesto de discrepancia consciente entre lo declarado y lo querido”, sin embargo, “esta posición de incompatibilidad (discrepancia) en realidad no puede llegar a inferir que el contrato simulado es nulo sino ineficaz”, por ello “los efectos (entre las partes) están ausentes, no por carecer de sostén en una correspondiente voluntad interna, sino porque se ha declarado, aunque de manera oculta, la voluntad de que tales efectos no se realicen. No hay ausencia de voluntad, sino presencia de una voluntad contraria, y no simplemente interna, sino declarada”; en consecuencia, “queda claro que la existencia de una manifestación de voluntad incompatible con la manifestación de voluntad simulada prueba que en realidad hay un contrato válido pero ineficaz”.

⁵³¹ Artículo 219° inciso 5.- *“El acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta”.*

⁵³² Artículo 221° inciso 3.- *“El acto es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero”*

reuniendo todos sus requisitos de sustancia y forma⁵³³, perjudica el derecho de un tercero⁵³⁴.

En cambio, para otro sector de la doctrina nacional, nuestro legislador combinó las soluciones alemana e italiana, y terminó por consagrar, de forma contradictoria, la ineficacia del negocio simulado – solución italiana - en la simulación relativa, y la nulidad del mismo – solución alemana - en la simulación absoluta: “(...) textualmente el CC incorporó el modelo italiano en simulación relativa y el modelo alemán en simulación absoluta”, por lo que en nuestro país “el contrato simulado será ineficaz en simulación relativa y no nulo. Por su parte, el contrato simulado es nulo en simulación absoluta de conformidad con el numeral 5 del artículo 219 del CC”⁵³⁵.

Del mismo modo, resulta criticable que el legislador haya consagrado en el artículo 222º CC la anulabilidad del contrato oculto (o disimulado) cuando éste afecte los derechos de terceros, por cuanto el remedio adecuado era la ineficacia. No obstante, esto no es lo más deleznable: nuestro Código Civil consagró la anulabilidad del contrato oculto cuando se afectan los derechos de terceros, pero olvidó ampliar la legitimidad para obrar a favor de estos terceros, a efectos de que

⁵³³ Es obvio que si el acto disimulado carece de estos requisitos de sustancia o forma, será nulo (como cualquier otro negocio jurídico) por falta de un requisito estructural.

⁵³⁴ Cfr. TABOADA CORDOVA, Lizardo. Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. 1ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2002. Pág. 340; también en: TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. En: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006. Págs. 281-300.

⁵³⁵ MORALES HERVIAS, Rómulo. Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”. Ob. Cit. Pág. 334. Posición a la cual nos adherimos.

puedan solicitar la anulación de tales contratos⁵³⁶. Es decir, se establece la anulabilidad del contrato oculto cuando afecta derechos de terceros pero no se permite a estos terceros (afectados y por ende únicos interesados) solicitar la anulación de tal contrato (una incoherencia total).

Hechas estas breves anotaciones, corresponde entrar de lleno al análisis del artículo 194° CC.

3. Análisis del artículo 194° CC.

El artículo 194° CC señala que la simulación no podrá ser opuesta a los terceros adquirentes que de buena fe y a título oneroso hayan adquirido derechos del titular aparente. El “titular aparente” es el simulado adquirente, que el contrato simulado hace aparecer como el actual titular del derecho (pero que en realidad el derecho, en virtud del acuerdo simulatorio, corresponde a otros)⁵³⁷. Por su parte, terceros adquirentes del titular aparente son aquellos que consiguen un efecto jurídico favorable sobre la base del contrato simulado⁵³⁸, sin necesidad de que tal tercero adquiera el mismo derecho que fue objeto del acto simulado⁵³⁹. Así, el

⁵³⁶ Sobre el particular recomendamos ver: CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 45. Año 4. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2005.

⁵³⁷ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 650.

⁵³⁸ BIANCA, Massimo. Diritto Civile III. Il Contratto. Giuffrè Editore. Milano. 1987. Pág. 666-667.

⁵³⁹ En efecto, si bien la norma habla de los terceros que “han adquirido derechos del titular aparente”, ello no limita la protección del tercero al caso en que él adquiera el mismo derecho que fue objeto del acto simulado; sino que la extiende a todos los casos en los que el tercero adquiere una posición de ventaja dependiente del acto simulado, aunque consistente en una simple cualidad del derecho adquirido (y también en una cualidad caracterizada en sentido solo negativo, como la inexistencia de vínculos o cargas). Imaginemos que X adquiera de B un inmueble gravado con hipoteca o servidumbre a favor de A, pero que X considera libre habiéndole sido exhibida la escritura con la que A renuncia al crédito hipotecario o a la servidumbre. Aquí exactamente B no es

tercero que, confiando en la apariencia, adquiere de titular aparente, es el sujeto que la norma protege: en el ejemplo más elemental está X, que compra de B el bien que B había simuladamente adquirido de A. X ha construido su posición sobre la apariencia; por lo tanto, su interés es que la apariencia prime sobre la realidad, porque la primacía de la realidad lo privaría del derecho adquirido.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los terceros adquirentes del titular aparente (también llamados “terceros causahabientes del simulado adquirente”), son sólo una especie dentro del género “terceros que guardan algún tipo de vinculación con un contrato simulado” Este género está conformado por todas aquellas personas que a pesar de no haber participado en el contrato simulado, guardan algún tipo de relación con él; tal es el caso de acreedores, herederos, causahabientes, etc.⁵⁴⁰, quienes podrían ser agrupados en dos grupos: a) terceros perjudicados por la simulación; b) terceros adquirentes (causahabientes) del titular aparente o simulado.

A diferencia de los terceros adquirentes del titular aparente – que como ya indicamos, están interesados en hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad – los terceros perjudicados por la simulación son aquellos que tienen interés en hacer prevalecer la realidad, porque la situación aparente perjudica sus derechos. La regla se refiere a las relaciones entre estos terceros y las partes del contrato

“titular aparente”, sino titular de un derecho aparentemente libre de cargas. Sin embargo, se aplica el artículo 1415 (equivalente a nuestro artículo 194) a favor de X, que adquiere una propiedad libre: no le es oponible la contraescritura de la que resulta que la renuncia era simulada, y que la hipoteca y la servidumbre en realidad persisten: ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 652.

⁵⁴⁰ ROMERO DE SILVA, Marcela y DE LA LOMBANA BILBAO, Miren. La simulación en los actos jurídicos. Ob. Cit. Pág. 74.

simulado: y es que ellos pueden hacer valer la simulación frente a las partes⁵⁴¹. La legitimación de estos terceros se funda en el interés en desmentir el contrato simulado, en cuanto éste perjudique sus derechos⁵⁴².

El caso más elemental es el del tercero que adquiere del enajenante simulado: si A vende a B con contrato absolutamente simulado, en realidad B no adquiere y el bien permanece con A; si después A vende realmente a X, X tiene un obvio interés en demostrar que la precedente venta a B es fingida y privada de efectos, porque sólo por esta vía desmiente la apariencia perjudicial (por la cual él habría comprado del no propietario), y se aclara que él ha comprado del verdadero propietario. Por lo tanto, él tiene interés en “hacer valer la simulación”, es decir en demostrar que la venta de A a B es simulada: y la ley, precisamente, le permite hacerlo frente a A y B.

Cerrando el paréntesis y retomando el tema que nos interesa (terceros adquirentes del titular aparente), cuando la norma establece la “inoponibilidad de la simulación” frente a tales terceros, lo que en verdad consagra es la inoponibilidad de la sentencia que declara nulo determinado contrato por simulación; esto es, “la sentencia que declara nulo un contrato por simulación no

⁵⁴¹ La segunda parte del artículo 1415 del código civil italiano expresamente señala que “Los terceros podrán hacer valer la simulación frente a las partes, cuando ella perjudique sus derechos”. Cuando la norma habla de “hacer valer” u “oponer” la simulación, su correspondiente iniciativa procesal se define como acción de simulación: acción de mera declaración, dirigida a la declaración de que el contrato simulado está privado de efectos. Si bien nuestro código civil no contiene una norma similar, ello no es impedimento para que cualquier tercero perjudicado por la simulación pueda hacerla valer frente a las partes, accionando judicialmente para que el contrato simulado sea declarado nulo. La legitimación para ello la encontramos en el artículo 220, según el cual toda persona con interés – por ejemplo, los terceros perjudicados – puede alegar la nulidad de un contrato incurso en alguna de las causales contenidas en el artículo 219.

⁵⁴² ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Ob. Cit. Pág. 649.

podrá ser opuesta al tercero que hubiese adquirido un derecho a título oneroso y de buena fe”⁵⁴³.

Entonces, la tutela que brinda el artículo 194° es una tutela frente a los efectos de una nulidad declarada judicialmente, por haberse creado una apariencia derivada del contrato simulado⁵⁴⁴. Sin embargo, lo que podría generar dudas es que ya contamos una norma que consagra precisamente esto en el artículo 2014°. En efecto, esta norma señala que el tercero adquiere algún derecho que contrata a título oneroso y de buena fe no podrá ser afectado por una declaración de nulidad posterior a tal adquisición (nulidad que podría deberse a una simulación), **siempre que tal adquirente haya inscrito previamente su derecho en Registros Públicos.**

Entonces, ¿se trata de dos normas que regulan exactamente la misma situación (la contratación realizada por los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe) atribuyendo consecuencias jurídicas similares (la inoponibilidad de los efectos de la sentencia anulatoria frente a tales terceros)? ¿O es que acaso entre ambos artículos existe alguna diferencia que justifique su presencia dentro del mismo cuerpo legal?

⁵⁴³ “Si un negocio es nulo, la ineficacia absoluta de la primera transferencia se refleja en los sucesivos actos de adquisición, aunque se hayan realizado de buena fe (salva la aplicación de algunos principios especiales en materia de posesión y de transcripción). El negocio nulo es, pues, ineficaz no sólo entre las partes, sino también respecto de los terceros. En cambio, el negocio simulado – de cuya nulidad alguno quizá duda – deja intactas las adquisiciones de los terceros de buena fe, siendo ésta una de las principales aplicaciones de la tutela de la confianza de los terceros en la circulación de los bienes”: BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. Derecho Civil. Tomo I. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1992. Pág. 928.

⁵⁴⁴ “La regla de la tutela de los terceros adquirentes frente a la simulación, responde al principio de apariencia, que no debe entenderse como equivalencia entre apariencia y realidad, sino mas bien en el sentido de que quien crea una situación negocial aparente no puede hacer valer en perjuicio de los terceros la situación real: BIANCA, Massimo. Diritto Civile III. Il Contratto. Ob. Cit. Pág. 667.

Un principio interpretativo nos dice que se debe descartar la interpretación que nos conduzca a una norma carente de contenido, así que alguna utilidad ha de tener el artículo 194⁵⁴⁵.

Imaginemos que A y B deciden simular un contrato de compraventa para perjudicar a C, acreedor de C. Este, al verse perjudicado, demanda la nulidad de la compraventa; sin embargo, antes de interpuesta la demanda, B, adquirente simulado, transfiere la propiedad del bien a favor de D, quien contrata de buena fe, desconociendo el acuerdo simulatorio entre A y B. Una vez finalizado el proceso, la demanda de nulidad es declarada fundada, y C pretende oponerla a D.

¿Podrá? ¿Bastará con que D haya adquirido la propiedad del bien de forma onerosa y de buena fe, o era necesario que, además de tales requisitos, hubiese inscrito su derecho en Registros Públicos? ¿Y qué pasa si el bien sobre el cual D adquirió algún derecho aún no ha sido inmatriculado (es decir, no existe para Registros Públicos) lo cual genera a su vez que tal derecho adquirido tampoco sea pasible de inscripción? ¿En este último caso está proscrita la aplicación del artículo 194° CC?

Las respuestas a todas estas interrogantes son de vital importancia, no sólo para comprender a cabalidad la (in)coherencia de nuestro Código Civil en materia de tutela de terceros contratantes frente a los efectos de la nulidad, sino también

⁵⁴⁵ En efecto, el argumento económico en la interpretación de las normas nos dice que “se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque si la atribución de significado no fuese excluida se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo”: TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè. Milán. 1980. Pág. 371. Cita de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2005. Pág. 208.

porque será muy útil como herramienta de trabajo al momento de resolver casos de probada cotidianeidad, presentes día a día en el ejercicio liberal y jurisdiccional de la profesión⁵⁴⁶.

3.1. El artículo 2014 y la tutela de los terceros subadquirentes respecto de bienes registrados

Cuando se trata de derechos que corren inscritos en Registros Públicos, los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso resultan plenamente protegidos en caso alguien pretenda hacer valer contra ellos una declaración de nulidad de la cual no tuvieron conocimiento al momento de la celebración del contrato. En esto radica el principio de publicidad registral⁵⁴⁷

El artículo 2014º es claro cuando establece que *“el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Sino véase la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia.

⁵⁴⁷ “El principio de publicidad, en su aspecto positivo, tiene por ámbito propio los derechos reales y asegura al tercero que los adquiere su existencia y extensión en los términos del asiento principal. Rompe así el sistema con el apotegma jurídico *nemo dat quod non habet* para preceptuar que quien haya contratado con el titular según el Registro será amparado en su derecho inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del Registro”: GONZALES, Jerónimo. “El principio de publicidad”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año III. N° 25. Enero. Pág. 9.

⁵⁴⁸ Esta norma tiene como sustento un principio general de publicidad, que “comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz, de todos modos, como si hubiera sido realizado con el titular, siempre que un título de

Por ejemplo, A es propietario registral del bien X, e incurriendo en un error (vicio de la voluntad) se lo transfiere a B, quien procede a inscribir su derecho de propiedad. Luego de ello, A interpone una demanda de anulación del contrato de compraventa, pero no anota esta demanda en Registros Públicos. Estando en trámite el proceso de nulidad, B transfiere el bien a favor de C, quien no sólo lo adquiere a título oneroso y de buena fe, sino que procede a inscribir su derecho. Con posterioridad, la demanda de nulidad es declarada fundada y el Juez ordena aplicar retroactivamente la nulidad de la compraventa celebrada entre A y B. Lo lógico es que al ser nula la primera compraventa, todas las sucesivas (conforme ya explicamos) también sean declaradas nulas. Siendo ello así, la pregunta es: ¿se perjudicará el derecho adquirido por C? En aplicación del artículo 2014, la respuesta es NO. C no puede verse perjudicado por un hecho que no figuraba inscrito en registros Públicos, por lo que la sentencia anulatoria no le será oponible. Así lo exige un mínimo de seguridad jurídica dinámica⁵⁴⁹

investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero. La investidura formal en un derecho subjetivo que realmente no existe se presenta en varias hipótesis: de la posesión de los instrumentos de fe pública, e incluso a las diversas figuras de publicidad. En todos estos casos, **el presupuesto de la protección del tercero es que la confianza se encuentre justificada por un título formal, en el cual se basa, en definitiva, la apariencia del derecho**. Así pues, la apariencia no indica otra cosa que el operar de los fenómenos formales – por razones de confianza – aun cuando la situación jurídica asumida formalmente por ellos no exista en la realidad. En esta concepción, entonces, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada, esencialmente, con la idea de formalismo, a tal punto que la posesión, inclusive, es configurada como título formal de investidura” (el énfasis es nuestro): FALZEA, Angelo. “El principio jurídico de la apariencia”. Traducción de Leysser León, para la: Revista de Derecho PUCP. N° 59. Pág. 181. Tomado del Título Original: “Apparenza”. En: FALZEA, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffré, 1997, Págs. 809-856.

⁵⁴⁹ “La seguridad jurídica dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente”: GARCIA GARCIA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50° aniversario de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid. 1995. Pág. 91.

Por ello, la conclusión en este punto es la siguiente: cuando el tercero adquirente (actuando a título oneroso y de buena fe) contrata con quien, según Registros Públicos, tiene plena legitimidad para contratar, aquél sólo obtendrá tutela si cumple con TODOS los requisitos establecidos por el 2014° CC (además de la buena fe y la onerosidad): a) confianza en el registro; b) que no consten en el registro las causales de nulidad o extinción del título previo; c) inscripción del título del tercero⁵⁵⁰.

¿Pero qué sucede si estamos ante una nulidad declarada como consecuencia de una simulación? Imaginemos que el bien inmueble “X” se encuentra debidamente inscrito en Registros Públicos a nombre de “A”, quien para evitar el cobro de la acreencia que mantiene con “C”, decide simular una compraventa a favor de “B”.

Esta compraventa, al ser simulada, no se inscribe en Registros Públicos, por lo que “A” sigue figurando como propietario registral. Luego de ello “B”, con el contrato de compraventa en mano, acredita ser propietario frente a “E”, quien accede a comprarle el referido inmueble (sin embargo, como es igualmente obvio, no lo inscribe en Registros Públicos como suyo)⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ En el ejemplo propuesto, si C no hubiese procedido a inscribir su derecho, entonces la declaración de anulación de la compraventa celebrada entre A y B sí lo habría afectado, al no haber cumplido con uno de los requisitos generales establecidos en el artículo 2014 CC.

⁵⁵¹ En efecto es obvio: si “B”. quien es el transferente del derecho de propiedad, no tiene inscrito el derecho en Registros Públicos porque el inmueble aún figura a nombre de “A”, entonces el adquirente (“E”) tampoco podrá inscribirlo a su nombre, por cuanto adquirió el bien de quien no figuraba en Registros con facultades para otorgarlo. Esto es lo que se conoce como el principio registral del tracto sucesivo, consagrado en el artículo 2015° CC, el cual establece que *“ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito el derecho de donde emane”*.

Una vez efectuada la compraventa a favor de “E”, “C” (acreedor perjudicado), decide demandar la nulidad del contrato de compraventa simulado entre A y B. Finalizado el proceso judicial, se declara fundada la demanda, y nulo el contrato celebrado entre A y B. ¿Esta declaración de nulidad, resulta oponible a “E”, quien actuó como un tercero contratante?

Alguien podría sostener que, aplicando el artículo 194° CC, “E” se encuentra plenamente tutelado, y la declaración de nulidad por simulación no le será oponible, por cuanto la norma exige, únicamente, que el tercero haya actuado a título oneroso y de buena fe. Nada más. No exige, como sí lo hace el artículo 2014° CC, inscripción registral alguna⁵⁵². Se diría, igualmente, que sostener lo contrario (es decir, que “E” necesariamente debió inscribir su derecho para obtener tutela) implicaría negarle utilidad y función alguna al artículo 194°, por cuanto su contenido sería plenamente similar al artículo 2014°, por lo que bastaría con la existencia de este último para tutelar a los terceros adquirentes frente a una declaración de nulidad.

No obstante, discrepamos de la forma de ver las cosas tal cual han sido planteadas en el párrafo precedente.

Como ya indicamos, en el presente caso estamos ante un bien que corre inscrito en Registros Públicos a nombre de determinada persona, pero el derecho

⁵⁵² Téngase en cuenta que si “E” hubiese podido inscribir su derecho en Registros Públicos, debido a que “B” producto de la compraventa simulada con “A”, también había inscrito el suyo, entonces no habría ningún problema digno de analizar. Ello por cuanto al tener su derecho inscrito en Registros Públicos, a “E” ya no le sería oponible de ninguna forma la nulidad obtenida por “C” (acreedor perjudicado que demandó la nulidad, por simulación, del contrato firmado entre “A” y “B”). Pero esta inoponibilidad de la nulidad por simulación no sería producto del artículo 194° CC, sino del principio de fe pública registral consagrado en el artículo 2014° CC.

adquirido por el tercero contratante no fue inscrito. Ante este escenario, es posible que se presenten dos supuestos: (i) la demanda de nulidad por simulación fue inscrita en Registros Públicos; (ii) la demanda de nulidad por simulación nunca fue inscrita en Registros Públicos. En este último caso, se podrían también dar dos supuestos: la demanda fue interpuesta antes o después de que “E” celebró el contrato con “B”.

A pesar de estar ante una variedad de escenarios posibles, la solución en todos los casos siempre será la misma: “E” no merece verse tutelado, por lo que la sentencia debería serle oponible.

En este caso, la situación es la siguiente: “E” ostenta un contrato (documento)⁵⁵³ que lo reconoce como propietario del bien “X”, a pesar de lo cual “A” sigue figurando registralmente como propietario del mismo. “E” no merece tutela jurídica, por cuanto no cumplió con inscribir su derecho en Registros Públicos; es decir, “E” no merece tutela frente a la declaración de nulidad, si es que antes no procedió a inscribir su derecho. El fundamento de esta solución es muy simple.

⁵⁵³ “La palabra contrato no tiene (en el lenguaje común, y en el legislativo) un único significado, sino que tiene varios (...) (i) A la firma del contrato se ha llegado tras 3 meses de tratativas: aquí se entiende el contrato como supuesto de hecho, es decir, como conjunto de hechos y comportamientos humanos que la ley califica como acuerdo logrado entre las partes; (ii) El contrato se ha disuelto por la separación de una parte: aquí se entiende el contrato como relación, es decir, como el conjunto de las posiciones recíprocas de las partes; (iii) El contrato no es claro: aquí se entiende el contrato como texto contractual, es decir, como documento, como conjunto de palabras con las cuales las partes han manifestado su acuerdo respecto a su relación; (iv) El contrato compromete a las partes a determinadas prestaciones: aquí se entiende el contrato como el reglamento contractual, es decir, como el conjunto de los vínculos que las partes asumen para arreglar sus intereses”: RISCIGNO, Pietro. Consenso, accordo, convenzione, patto. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. 1988. Pág. 3.

“E” adquirió el derecho de parte de “B”, quien no figuraba en Registros Públicos como titular de la situación jurídica, por cuanto este status le correspondía a “A”. Es decir, el titular registral era “A” y a pesar de ello “E” contrató y confió en “B”. Como ya se indicó, tratándose de situaciones jurídicas que corren inscritas en Registros Públicos, la puerta para que los terceros contratantes accedan a la tutela frente a cualquier declaración de invalidez, ineficacia, etc., consiste en cumplir cada uno de los requisitos consagrados en el artículo 2014º CC. Uno de tales requisitos es que el tercero proceda a inscribir su derecho en Registros Públicos. En efecto, el artículo 2014º establece que el tercero que adquiere algún derecho **de persona que en el registro aparece con facultades** para otorgarlo, **MANTENDRA** su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se **ANULE** el de su otorgante por virtud de causas que no consten en Registros Públicos.

A contrario sensu, el tercero (C) que adquiere algún derecho de persona que en el registro no aparece con facultades para otorgarlo (B), **PERDERA** su adquisición una vez que se anule el de su otorgante.

En el ejemplo puesto, “E” no adquirió por parte de quien aparecía con facultades consagradas en el Registro (“A”), por lo tanto, desde el punto de vista legal, no merece tutela jurídica si luego se ve perjudicado por alguna circunstancia sobreviniente.

Si el tercero adquirente no fue lo suficientemente diligente como para acceder a la información brindada por Registros Públicos y contrató con quien no tenía inscrito derecho alguno sobre el bien, deberá soportar la pérdida de su derecho, toda vez

que existe una presunción iuris et de iure de que todos conocemos el contenido de las inscripciones⁵⁵⁴.

Ahora bien, con esto no pretendemos sostener que la inscripción registral sea constitutiva de derechos. En el caso propuesto, no hay dudas que con la sola celebración del contrato de compraventa con B, C adquirió la propiedad del bien. Sin embargo, **no es correcto que aquél tercero contratante (C) reciba tutela sustancial gracias a un mecanismo que se basa en la confianza en el Registro, si precisamente no actuó en base a la información brindada por el Registro** (es decir, no confió en tal información).

Por eso en este caso sí es correcto que el tercero contratante se vea perjudicado por un hecho que no constaba en Registros Públicos: tenía todas las herramientas necesarias para adquirir un derecho de forma válida e inatacable⁵⁵⁵.

No debe olvidarse que un presupuesto para la aplicación del artículo 2014° CC es la confianza en el registro: “El adquirente que pretende lograr una protección jurídica plena necesita confiar en un elemento objetivo que brinde certeza, o por lo menos, una fundada verosimilitud respecto a la condición de dueño de la finca del transmitente. Por eso, **se exige que el adquirente celebre el negocio dispositivo con el titular registral**, quien goza para sí de la presunción de

⁵⁵⁴ Artículo 2012° CC: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

⁵⁵⁵ Debió haber exigido, si es que pretendía que su adquisición fuera inatacable, que su transferente cuente con su derecho debidamente inscrito en Registros Públicos.

exactitud, y sobre cuya base es la que descansa dicho negocio sucesivo”⁵⁵⁶ (el énfasis es nuestro).

En conclusión, tratándose de derechos que corren inscritos en Registros Públicos, los terceros adquirientes a título oneroso y de buena fe, para poder obtener tutela por parte del sistema jurídico, deben cumplir con cada uno de los requisitos establecidos en el 2014° CC; esto es: a) confianza en el registro; b) no deben constar en el registro las causales de nulidad o extinción del título previo; c) inscripción del título del tercero.

¿Significa esto que el artículo 194° CC no cumple función alguna, por cuanto toda su ámbito de aplicación se encuentra absorbido por lo normado en el artículo 2014° CC? La respuesta es NO.

Sí existen supuestos en los que el artículo 194° CC asume una importancia particular, sin necesidad de que se presenten el resto de requisitos normados en el 2014° y que no fueron copiados por el legislador en el 194° CC. Veamos.

3.2. El artículo 194° CC: La tutela de terceros subadquirentes respecto de bienes no registrados.

Imaginemos que el bien “X” – que no se encuentra inscrito en Registros Públicos – le pertenece a “A”, cuya titularidad (como es obvio) tampoco se encuentra registrada. “A” lo transfirió simuladamente a favor de “B y éste a su vez

⁵⁵⁶ GONZALES BARRON, Gunter. Introducción al derecho registral y notarial. 2ª. Edición. Lima. 2008. Pág. 230-231.

a favor de “E”, quien actuó a título oneroso y de buena fe. Luego de ello “A” demanda la nulidad del contrato celebrado con “B” y la misma es declarada fundada.

¿La sentencia favorable obtenida por “A” en el proceso de nulidad del contrato simulado celebrado con “B”, será oponible frente a “E”? ¿Podría exigírsele a “E” para verse tutelado frente a tal sentencia, que primero cumpla con TODOS los requisitos del 2014 CC (requisitos entre los cuales figura la necesidad de inscribir el derecho a su nombre) o le bastará alegar que actuó a título oneroso y de buena fe (únicos requisitos exigidos por el 194 CC)?

Es aquí donde, desde nuestro punto de vista, asume particular importancia el artículo 194° CC. Y es que cuando se trata de bienes no inscritos en Registros Públicos, no se le puede exigir al tercero contratante, para verse protegido frente a alguna declaración de nulidad, que primero inscriba su derecho.

En este caso, para que el tercero contratante, que confió en la apariencia brindada⁵⁵⁷ por el acto simulado, se vea tutelado frente a una posterior sentencia de nulidad, no será necesario que lleve adelante todos los requisitos establecidos en el 2014° CC, sino que le bastará haber actuado a título oneroso y de buena fe. Las razones para concluir esto son bastante simples:

⁵⁵⁷ Con acierto se ha dicho que “la simulación es el fenómeno de la apariencia contractual creada intencionalmente. Se tiene simulación, precisamente, cuando las partes estipulan un contrato con el acuerdo que ello no corresponda a la realidad de su relación (...); es por ello que los “elementos caracterizadores de la simulación son la apariencia contractual y el acuerdo simulatorio (...)”, sin embargo “el dato necesario y suficiente que identifica la simulación es sobre todo la apariencia intencional de un negocio que por acuerdo de las partes no corresponde en todo o en parte a su real relación”: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*. Volumen III. Nuova ristampa con aggiornamento. Giuffrè Editore. Milán. 1998. Págs. 656-659.

1. El artículo 2014° CC consagra un supuesto de fe pública **registral**, lo cual quiere decir que se aplica en tanto haya un registro que publicita las distintas situaciones jurídicas subjetivas que se constituyen en torno a los bienes. Si un bien no se encuentra inscrito registralmente, sencillamente carece de relevancia la aplicación del 2014° CC así como todas las normas que forman parte del Libro de Registros Públicos.
2. No brindarle tutela al tercero contratante, a pesar de haber actuado a título oneroso y de buena fe frente a la apariencia creada por el contrato simulado, implicaría restarle todo tipo de relevancia al artículo 194° CC.

Precisamente en esto último radica la diferencia fundamental entre los artículos 2014° y 194°: Si bien ambos tienen como presupuesto el que se pretenda oponer una simulación frente a un tercero adquirente, el primero de ellos se aplica cuando el bien - en función del cual se presenta el conflicto entre adquisición del tercero y sentencia declaratoria de nulidad - se encuentra debidamente inscrito en Registros Públicos. En cambio, el 194° CC se aplica cuando el bien objeto del conflicto no ha sido materia de inscripción⁵⁵⁸.

Esto quiere decir que el artículo 194° CC consagra un supuesto de tutela irrestricta a favor de todo tercero contratante a título oneroso y de buena fe, frente a una

⁵⁵⁸ En Italia, por la misma redacción de su artículo 1415°, que se distingue en su última parte de nuestro 194° C (esta diferencia será analizada más adelante), la doctrina es conforme a reconocer que se aplica tanto para bienes que corren inscritos como para aquellos que no lo están: “Dicha tutela (a favor de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe), si se trata de bienes inmuebles o de bienes muebles registrados es administrada, por lo demás, a la luz de los principios en materia de publicidad y, en especial, de transcripción (y de registro); y si se trata de bienes muebles, debe ser coordinada con la regla de la posesión hace título”: BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI. Derecho Civil. Tomo I. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1992. Pág. 928.

declaración judicial de nulidad⁵⁵⁹, sin necesidad de contar con un Registro que publicite la adquisición del tercero contratante (precisamente en esto radica la diferencia con el 2014° CC) siempre que se trata de situaciones jurídicas constituidas sobre bienes NO inscritos.

Habiendo llegado a esta primera conclusión, corresponde analizar cuál es la naturaleza y los alcances de la regla consagrada en el artículo 194 CC. Es decir:

¿El artículo 194° CC consagra un supuesto específico de protección de los terceros frente a una sentencia de nulidad por SIMULACION o se trata mas bien de una norma que establece un principio general de aplicación para todo supuesto semejante o análogo? En otras palabras, ¿esta “inoponibilidad” de la sentencia de nulidad, también se puede aplicar cuando la declaración de nulidad de un previo contrato se dio por cualquier de las causales contempladas en los artículo 219° y 220°⁵⁶⁰?⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Podríamos hacer un parangón y decir que así como el artículo 197° CC tutela la posición de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a una declaración judicial de **ineficacia** (el resultado de la acción pauliana es precisamente una declaración de ineficacia o inoponibilidad respecto del acreedor frente a los actos de disposición o gravamen realizados por su deudor con la finalidad de tornar incobrable el crédito), el artículo 194° CC tutela la posición de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a una declaración judicial de **nulidad**.

⁵⁶⁰ Téngase en consideración que un contrato es anulable per se cuando alguna de las partes que lo celebra actúa afectada por algún vicio de voluntad; es decir, se trata de un contrato carente de las condiciones de libertad y conocimiento, por lo que mediante la anulabilidad se consolida la prohibición del abuso de una situación de disminución de la voluntad (MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: Estudios sobre Teoría General del Contrato. Prólogo de Giovanni B. Ferri. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006. Pág. 545-546). Sin embargo, si la parte perjudicada así lo desea, puede además solicitar al Juez tenga a bien declarar la anulación de ese contrato anulable, para que de este modo el contrato que es anulable per se, pase a ser NULO. Este es un derecho potestativo del cual gozan las partes y los terceros interesados.

⁵⁶¹ Cabe señalar que en sede nacional ya se adelantó opinión al respecto: “No podemos interpretar el artículo 194° como referido a una regla general de protección de los terceros de buena fe a título

Para dar una respuesta cabal a esta interrogante, corresponde determinar primero si la norma contenida en el 194º CC es una norma excepcional o especial.

Si concluimos que la norma es excepcional, entonces no será posible su aplicación analógica para los otros supuestos de nulidad, por cuanto el artículo IV del Título Preliminar proscribe la aplicación analógica de las normas que establecen excepciones; sin embargo, no pone ningún tipo de reparo tratándose de normas especiales.

3.3. El artículo 194º CC ¿Norma especial o excepcional? Diferencias.

Sería un error considerar que una norma excepcional es lo mismo que una norma especial. Históricamente ambas han cumplido y cumplen funciones distintas.

Para comenzar, tanto el atributo de la especialidad como el de la excepcionalidad, derivan de un juicio de comparación entre dos normas. Aisladamente considerada, ninguna norma puede denominarse especial ni excepcional. La estructura lógica

oneroso en cualquier supuesto de causal de nulidad de los actos jurídicos. Pensamos que si la intención del legislador hubiera sido tutelar al tercero en todos los casos, ello se hubiera consagrado como regla general en algún artículo del Código Civil. Sin embargo, en el artículo 220º, que establece las características de los actos nulos, no se hace ninguna referencia a la protección de los terceros como regla general para cualquier causal de nulidad. Solamente existe el artículo 194º para el caso particular de la simulación, por lo que tal regla no se puede interpretar por extensión o en forma analógica como referida a cualquier otra causal de nulidad de los actos jurídicos”: TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. Ob. Cit. Pág. 294. Nosotros analizaremos la posibilidad de que la tutela contenida en el 194º se haga extensible a otros supuestos pero no desde el punto de vista de la “intención del legislador” (lo cual de alguna forma resulta un tanto vago, sino mas bien desde la naturaleza de la norma jurídica consagrada en el 194º.

de la norma especial así como de la excepcional es idéntica a la de todas las otras normas: si A, entonces B; verificada la hipótesis de hecho, sigue el efecto.

Por ello, Natalino Irti, haciendo referencia a las normas especiales (razonamiento que vale lo mismo para las normas excepcionales⁵⁶²), sostiene que “el juicio de comparación, del que se deduce el atributo de la especialidad, se desarrolla entre dos normas. Implica la comprobación del contenido de la una y de la otra, es decir, una actividad interpretativa. Cuando definimos una norma como especial ya hemos reconstruido el significado y hemos establecido el parangón con el de otra norma. La atribución del calificativo de especial es lo mismo que la interpretación de la norma especial: las dos fases no son lógicamente separables. Sólo a efectos de análisis podríamos hablar de “interpretación de la norma especial”; pero el ser norma especial es ya un resultado de la interpretación”⁵⁶³.

Teniendo en cuenta que tanto los caracteres de especialidad como de excepcionalidad provienen de un juicio de comparación entre normas, precisamente de tal juicio de comparación es que obtenemos la diferencia entre una norma especial y otra excepcional.

“La relación de género a especie (esto es, de norma general a norma especial) no tiene lugar entre dos normas cualquiera, sino entre dos normas caracterizadas por

⁵⁶² “La calificación de “excepcional” viene dada a la ley que descansa (*ratio iuris*) sobre una situación anormal de emergencia (...) las normas excepcionales se caracterizan por su colisión con los principios fundamentales del orden jurídico de que se trata. En sede de Teoría General del Derecho, es suficiente señalarlas con este carácter formal, pero teniendo en cuenta la dogmática de cada Derecho positivo, será preciso buscar el contenido de tales principios, que son diversos según los ordenamientos y según la naturaleza de la colisión”: Betti, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Traducción y prólogo de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. Págs. 121 y 173.

⁵⁶³ IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Traducción de Luis Rojo Ajuria. José María Bosch Editor. Barcelona. 1992. Pág. 44.

un elemento común. Sólo esto permite separarlas de las otras y proceder a la comparación entre sus contenidos.

El criterio de determinación puede enunciarse así: que los datos de la norma general deben reencontrarse en la norma especial, y que ésta añade un dato ulterior. El supuesto de hecho y los efectos de las dos normas no coinciden, ya que el supuesto de hecho y los efectos de una de ellas presentan respecto a la otra una diferencia. Según los esquemas hipotéticos de nuestro lenguaje, una norma se reduce a “si A, entonces B”, y la otra a “si A + a, entonces B + b”. La diferencia específica viene dada por un elemento de la hipótesis de hecho (“a”) y por un elemento de los efectos (“b”) ⁵⁶⁴.

De esta forma, los elementos comunes a las dos normas (“A” y “B”) permiten aislarlas de las otras, y establecer entre éstas la relación de género a especie. Se trata de un razonamiento lógico, que requiere a la vez identidad y diferencia, continuidad y ruptura. Sin los elementos comunes, las dos normas no podrían ni servir como términos de la comparación ni recibir los predicados de la generalidad y la especialidad” ⁵⁶⁵

Esto es lo que ocurre con las normas especiales ⁵⁶⁶: comparten con la norma general elementos comunes tanto en el supuesto de hecho como en la

⁵⁶⁴ Ibíd. Pág. 45.

⁵⁶⁵ Ibíd. Pág. 45.

⁵⁶⁶ “La normativa “especial” no se halla en contraste con los principios generales y no se excluye como incompatible, pero es específica y se diferencia adaptándose; piénsese en el Derecho mercantil en relación con el civil, o en la culpa contractual en relación con la responsabilidad extracontractual”: BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Ob. Cit. Pág. 171.

consecuencia jurídica, a diferencia de las normas excepcionales⁵⁶⁷, cuyo elemento común con relación a la norma que sirve como regla⁵⁶⁸, se da sólo en el ámbito del supuesto de hecho:

En efecto, “también para el binomio derecho normal – derecho excepcional, la calificación proviene de un juicio de comparación. Ninguna norma, considerada en sí, es normal o excepcional.

La elección de las dos normas, entre las que tiene lugar el juicio de comparación, está guiada por el criterio del elemento común: los datos, que componen el supuesto de hecho de la norma normal, deben reencontrarse en el supuesto de hecho de la norma excepcional (así, “A” en “A + a”). Al supuesto de hecho más complejo la norma asocia efectos absolutamente diferentes de aquellos, que la otra norma asocia al supuesto de hecho simple: no “B + b”, sino “c + d”. La norma excepcional, a diferencia de la especial, no añade efectos ulteriores (“B + b”), sino que dispone otros efectos (c + d)”⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ “En el caso de la disciplina “excepcional”, a diferencia de la “especial”, estamos ante un ius singulare, en la medida que la disciplina del caso constituye una interrupción de la normal consecuencia lógica y político – legislativa de los principios, una desviación de sus directrices generales, de modo que entre en colisión con ellas y haya que excluirla; se trata de una anomalía cuya extensión, aun no siendo impensable, abriría una amplia brecha en la normalidad, incrementando la desarmonía con la lógica de los principios y con el diseño de racional coherencia que se obtiene de ellos, pero viene dictada (tal anomalía) por la valoración de una utilitas, de un interés de relevancia social, aunque transitorio (en cuanto al carácter de contingencia y provisionalidad) o limitado y circunscrito”: BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Ob. Cit. Pág. 172.

⁵⁶⁸ Cuando hablamos de normas especiales y excepcionales, hay dos binomios que debemos tener en cuenta: generalidad - especialidad; normalidad - excepcionalidad. Es decir, una norma es especial respecto de una norma general; mientras que una norma es excepcional con relación a una norma normal.

⁵⁶⁹ IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Ob. Cit. Pág. 47

Es precisamente esta característica de los efectos la que sirve para distinguir una norma excepcional de una especial: “Desde el punto de vista del supuesto de hecho, éstas (norma especial y excepcional) se presentan provistas de una nota diferencial (“+a”) respecto de otra norma. Pero esto no permite establecer si estamos ante una norma especial o ante una norma excepcional, es decir, si la relación entre las dos normas es de género a especie o de normalidad a excepcionalidad. **Sólo el análisis de los efectos revela el tipo de norma: especial, si se añade un efecto; excepcional, si tiene otro efecto** (...) En un caso y otro el dato diferenciador del supuesto de hecho (“+a”) determina una variación de los efectos, que no son idénticos a los del supuesto de hecho simple.

Pero, mientras la norma especial desarrolla la lógica interna de la norma general y añade un efecto ulterior, la norma excepcional rompe la lógica del derecho normal e introduce una lógica propia y distinta”^{570 571} (el énfasis es nuestro).

Conociendo la distinción entre norma especial y excepcional, resulta bastante obvio que la prohibición de aplicación analógica sólo se aplica para ésta mas no para aquélla. Existe una razón histórica por la cual se prohíbe la aplicación analógica de normas excepcionales: preservar la unidad y organicidad del Código

⁵⁷⁰ *Ibíd.*

⁵⁷¹ Cabe señalar que el autor desarrolla el tópico de las normas especiales y excepcionales, con ocasión de la denominada edad de la decodificación, la cual, en términos sencillos, implica una huída de las normas del Código Civil, para ampararse en normas especiales, que perforan la pretendida unidad y sistemática del Código, que en un inicio fue el referente del todo el derecho, al punto que se emparentaba Código Civil con sistema de Derecho Civil. Como claramente lo explica el propio IRTI, surge “el fenómeno de la desgeneralización del Código Civil. El Código padece un doble y dramático empobrecimiento: de un lado, normas especiales y excepcionales le sustraen la disciplina de particulares materias y categorías de relaciones; del otro, actos normativos más solemnes, ajenos a su contenido, se disponen a enunciar los principios del sistema. Vaciado, simultáneamente, de particularidad y de generalidad, el Código no puede actualmente garantizar la unidad del sistema”: IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Ob. Cit. Pág. 189. Es por ello que se habla de la “edad de la descodificación, en el sentido de que las leyes especiales no se colocan junto al Código, sino que más bien lo vacían de contenido y los destinan a sede de disciplinas generalísimas.

Civil, frente a la proliferación de normas extra Código que cada vez le iban quitando protagonismo a éste:

“(…) la prohibición de analogía de las normas excepcionales, y la más tardía distinción entre normas especiales y normas excepcionales, sirven para reconducir al sistema todo tipo de derogación: las normas especiales, puesto que éstas, precisamente, “especifican” principios ya contenidos en el Código Civil, es decir, los adaptan a particulares materias o categorías de relaciones; las normas excepcionales, puesto que éstas, significando una ruptura en la línea de continuidad con el Código Civil se agotan en los tiempos y casos previstos. La doctrina, levantadas las sospechas por el perfil derogatorio de la excepción, no capta y valora su íntima fecundidad. **El sistema**, identificado con el orden conceptual de Código Civil, asume un carácter rígido y estático. **La excepción es un elemento dinámico; pone en crisis antiguas categorías, constriñe a replantearse esquemas lógicos y módulos expositivos. Es necesario defenderse (advierte el jurista, convertido en guardián de la unidad del sistema); y por esto utiliza la prohibición de analogía**, y considera a las normas derogatorias (sean especiales o excepcionales) como efímeros paréntesis. Una travesura o una distracción del legislador; después, todo volverá al cauce tranquilizante del Código”⁵⁷² (el énfasis es nuestro)

Esta es la razón histórica del por qué se prohíbe por analogía la aplicación de leyes excepcionales: preservar la integridad y coherencia del Código Civil. En cambio, tratándose de leyes especiales, no existe prohibición de su aplicación analógica, por cuanto, a diferencia de las leyes excepcionales, aquellas no rompen con la lógica del derecho normal (léase Código Civil) sino que desarrollan la lógica interna de la norma general. En efecto, “la doctrina mayoritaria se manifiesta en el sentido de considerar estas últimas como un “desarrollo” de la disciplina

⁵⁷² IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Ob. Cit. Pág. 187.

codificada, que así conservaría la naturaleza y función de derecho general: admisible, por lo tanto, la analogía legis en el ámbito de la ley especial”⁵⁷³

Ahora, ¿es el artículo 194 CC una norma especial o excepcional? Para resolver esta interrogante primero debemos establecer cuál es la norma con la cual vamos a comparar el artículo 194 CC, pues, como ya indicamos, la identificación de una norma como especial o excepcional deriva de un juicio de comparación con otra norma.

Nos estamos moviendo en el terreno del alcance de una sentencia que declara nulo determinado contrato, y la forma cómo tal sentencia afecta la posición de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

La regla para esta situación está consagrada en el artículo 222° CC⁵⁷⁴, según el cual la sentencia mediante la cual se declara nulo un contrato, produce efectos desde la celebración del contrato. La norma no se detiene ni hace atingencia alguna respecto de la situación de los terceros que contrataron sobre la base de tal contrato nulo, por lo que se puede concluir que la regla general es la siguiente: **la sentencia declarativa de nulidad produce sus efectos desde el momento de celebrado el contrato sin interesar los derechos adquiridos por terceros, así hayan actuado estos a título oneroso y de buena fe**⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Ibíd. Pág. 31.

⁵⁷⁴ Artículo 222° CC.- “El acto anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare”.

⁵⁷⁵ En efecto, “el artículo 222° no contiene ninguna referencia a la protección de los terceros de buena fe y a título oneroso, limitándose a señalar que el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare. Desde nuestro punto de vista, al decirse que

Ante esta regla general, mediante la cual se consagra la desprotección de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, el artículo 194 CC establece, como ya vimos, algo distinto: **TRATÁNDOSE DE SIMULACION**, la sentencia de nulidad no afectará los derechos adquiridos por terceros a título oneroso y de buena fe, siempre que tales derechos hayan sido adquiridos del titular aparente.

El supuesto de hecho del artículo 222 CC es: “Tratándose de una sentencia que declara nulo determinado contrato (A)

El supuesto de hecho del artículo 194 CC es: “Tratándose de una sentencia que declara nulo determinado contrato (A) **por haberse incurrido en la causal de simulación** (a)

Como se puede apreciar, el supuesto de hecho de la regla (artículo 222) es: A; mientras que el supuesto de hecho de la excepción (artículo 194) es: A + a. Con esto se cumple con la primera condición establecida por el profesor Irti para estar ante un binomio regla - excepción: los datos que componen el supuesto de hecho

el acto anulable es nulo desde su celebración se está diciendo que los efectos jurídicos producidos desaparecen también, como si nunca se hubieran producido (...) En otras palabras, si los actos anulables son nulos desde la fecha de su celebración, no pueden haber producido nunca efectos jurídicos válidos, y todos los que hubieran producido hasta el momento mismo de la declaración judicial de nulidad deben desaparecer retroactivamente, es decir, debe entenderse que nunca existieron. Como es evidente, esta regla identifica los efectos de los actos nulos con aquellos de los actos anulables declarados judicialmente nulos, implica igualmente la no protección de los derechos de los terceros, como sucede en el caso de los actos nulos, a pesar que los terceros inicialmente adquirieron derechos legítimamente de sus titulares legítimos”: TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. Ob. Cit. Pág. 298.

de la norma normal, deben reencontrarse en el supuesto de hecho de la norma excepcional (así, “A”, en “A + a”)

Ahora corresponde lo fundamental: el análisis desde el punto de vista de la consecuencia jurídica, por cuanto ello determinará si estamos ante una norma especial o excepcional.

La consecuencia jurídica del artículo 222 es: **LA DESPROTECCION** de la posición de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a la sentencia declarativa de nulidad (B).

Por su parte, la consecuencia jurídica consagrada en el 194 es totalmente opuesta: **PROTECCION** de los derechos adquiridos por terceros contratantes a título oneroso y de buena fe.

Como se puede apreciar, la consecuencia consagrada en el 194 es totalmente distinta (es más, es OPUESTA) a la contemplada en el 222 CC. En conclusión, y aplicando los conceptos descritos con anterioridad, la relación entre los artículos 222 y 194 es de norma normal a norma excepcional.

Al ser el artículo 194 una norma excepcional - esto es, tiene carácter particular y busca regular un supuesto de hecho concreto, específico, determinado - la posición de terceros que contrataron confiando en la apariencia creada por el negocio simulado no puede ser aplicada por analogía a otros casos en los que hubiesen terceros adquirentes que pretendan verse tutelados frente a una

declaración de nulidad por alguna de las causales (distinta de la simulación) consagradas en el artículo 219 CC.

Esto quiere decir que el artículo 194° CC no consagra un mecanismo general de tutela a favor de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos nulos; en otras palabras, no consagra la inoponibilidad de todo contrato nulo frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe. Sólo consagra, de forma excepcional, la tutela de tales terceros cuando el contrato es nulo por la causal de simulación. Es decir, el contrato nulo únicamente será inoponible frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe cuando tal nulidad tenga como causal una simulación.

4. Apunte final

El artículo 194° asume importancia y autonomía (con relación al artículo 2014° CC) cuando se trata de situaciones jurídicas que se constituyen sobre bienes que no tienen inscripción registral. Así mismo, la inoponibilidad de la sentencia anulatoria frente al tercero contratante a título oneroso y de buena fe sólo resulta aplicable cuando la nulidad encuentra como causal una simulación, mas no resulta aplicable por analogía a otros supuestos en los que una sentencia anulatoria (por cualquier causal distinta a la simulación) afecte la posición de terceros contratantes que actuaron a título oneroso y de buena fe. Esto significa que el artículo 194° CC no consagra un principio general de tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos nulos (cuando no media un mecanismo de publicidad como el Registro)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ A esta conclusión llegamos en: PASCO ARAUCO, Alan. "Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables. A propósito de los efectos

CAPITULO VI

LAS REGLAS DEL PAGO INDEBIDO COMPLETAN EL MECANISMO DE TUTELA DE LOS TERCEROS SUBADQUIRENTES

1. Cerrando el círculo de la tutela a favor los terceros subadquirentes

Como se ha podido apreciar a lo largo de las páginas precedentes, existe todo un sistema diseñado por nuestro legislador en materia de tutela de terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos. No obstante, se trata de un sistema incompleto.

En efecto, en lo que respecta a bienes que se encuentran debidamente registrados, el mecanismo de tutela es bastante amplio y completo, basado en la información brindada por el registro así como por el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 2014º CC.

retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222 del Código Civil". En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 141. Junio. 2010. Págs. 99-118.

En cambio, en lo que se refiere a contratación sobre bienes que aún no se encuentran debidamente inscritos (inmatriculados), el mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes – diseñado en el Libro II del Código Civil - se limita únicamente a aquellos supuestos en los que la nulidad del contrato proviene de una simulación, de conformidad con lo establecido en el artículo 194º CC. Sin embargo, como ya indicé, este mecanismo de tutela se encuentra contenido en una norma excepcional, por lo que no puede ser aplicada de forma analógica para proteger a todo tercero cuya adquisición de un derecho derive de un contrato previo declarado inválido por la causal que fuere.

Precisamente, en esto radica aquello que llamamos el círculo incompleto: el mecanismo de tutela diseñado en los Libros II y IX del Código Civil - a favor de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada se encuentra incompleto, en cuanto tal mecanismo sólo existe cuando se trata de contratación sobre bienes inscritos (Libro IX) y cuando se trata de contratación sobre bienes no inscritos únicamente funciona cuando la causal de invalidez es la simulación (Libro II). Sin embargo, respecto del resto de contratos celebrados sobre bienes no inscritos no existe un mecanismo de tutela debidamente diseñado.

A encontrar una solución que nos permita cerrar el círculo se encuentra encaminado el presente capítulo, tratando de construir, en base a las normas que tenemos consagradas en nuestro Código, un sistema de protección a favor de todo tercero subadquirente que se active en todo supuesto de invalidez derivada, sin interesar la causal de invalidez ni el tipo del bien respecto del cual se celebró el contrato.

2. El efecto retroactivo de la invalidez: restitución de las prestaciones.

Ante una demanda de nulidad o anulación de determinado contrato, el Juez o Arbitro (en caso exista un convenio arbitral) verifica que el contrato no reúne los elementos necesarios para su validez. Pero hay, en la noción de invalidez, algo más que la declaración judicial de nulidad: “es necesario extraer las consecuencias prácticas de la nulidad. Había sido creada una situación de hecho; relaciones obligatorias unían aparentemente a las partes entre sí; esa situación de hecho debe ser abolida y esa apariencia suprimida. Por ello la anulación borra todo cuando ha podido hacerse en violación de las prescripciones de la ley: tiene un efecto retroactivo”⁵⁷⁷

Es por ello que “si las partes hubiesen cumplido ya, en todo o en parte, lo que se habían prometido, están obligadas a restituirse mutuamente lo que hubiesen recibido. El contrato no había logrado establecer un vínculo jurídico, pero la anulación del contrato crea, por sí misma, ciertas obligaciones, como lo es la de restituir lo que fue recibido”⁵⁷⁸

En el mismo sentido – y llenando un poco más allá en lo que respecta a las reglas que correspondería aplicar – se ha dicho que “la anulación de un contrato es retroactiva entre las partes: por lo tanto, como regla, obliga a las partes a restituir, en base al principio del pago indebido objetivo (artículo 2033° CC Italiano), las prestaciones ya ejecutadas en base al contrato luego anulado. En cambio, como regla, la anulación no se retrotrae frente a los terceros: los cuales, por tanto,

⁵⁷⁷ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Las Obligaciones. Volumen I. Traducción de Delia García Daineaux. Editorial La Ley. Buenos Aires. Págs. 446-447.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*

salvan las adquisiciones hechas contratando con quien había precedentemente adquirido en base al contrato anulado. Pero, también aquí, tanto una como otra regla sufren excepciones”⁵⁷⁹.

Así mismo, “la regla de la repetibilidad entre las partes, de las prestaciones ejecutadas en base al contrato anulado encuentra su derogación cuando la anulación dependa de incapacidad para obrar (legal o también natural): el incapaz “no está obligado a restituir (...) la prestación recibida si no dentro de los límites en que le hubiera resultado ventajosa” (artículo 1443º CC Italiano). La norma reproduce aquella generalmente fijada por el artículo 2039º para cualquier caso de pago indebido recibido por el incapaz. Y el mismo significado asume en las dos normas el concepto de “ventaja” del incapaz, a considerarse en sentido más amplio respecto al enriquecimiento del artículo 2041º”⁵⁸⁰

De esta última cita, hay puntos importantes que merecen ser analizados.

Primero, se pone énfasis en la estrecha relación existente entre la invalidez de un contrato y las normas que regulan lo referente al pago indebido. En efecto, si una consecuencia de la declaración de invalidez de un contrato es que las partes se restituyan aquello que cada una de ellas recibió, corresponde que se apliquen las reglas propias del pago indebido que permitan y regulen tal restitución.

Sin duda alguna proceder de esta forma es lo correcto: un contrato inválido es un contrato que no recibe protección ni amparo por parte del sistema jurídico, por lo que no debería dar lugar a que las partes ejecuten “prestaciones”. En cuanto un contrato inválido es el resultado de un proceso de calificación negativa por parte

⁵⁷⁹ ROPPO, Vincenzo. El Contrato. Op. Cit. Pág. 800.

⁵⁸⁰ Ibid.

del Ordenamiento Jurídico, aquél no puede constituir un fundamento legítimo para que se produzcan en la vida diaria desplazamientos patrimoniales de una parte a otra; es decir, producto de un contrato inválido no debe haber ningún pago. En tal sentido, si en virtud de un contrato inválido las partes “pagaron”, ello constituye pago indebido, debiendo retornar las prestaciones ejecutadas a la esfera jurídica de donde salieron.

Para obtener esta restitución de lo ejecutado, alegando que se trató de un pago indebido, primero debe obtenerse la sentencia judicial o un laudo arbitral mediante el cual se declare la invalidez del contrato⁵⁸¹. Por ejemplo, si una de las partes de un contrato inválido, pretende que la otra le reintegre el bien inmueble entregado como ejecución de la “prestación”, primero deberá demandar la nulidad del contrato (o en todo caso, la restitución deberá ser planteada como pretensión accesoria), y una vez declarado nulo el contrato, recién podrá accionar a efectos de obtener el bien que indebidamente entregó a su contraparte (o en todo caso, sólo una vez que se declare fundada la pretensión principal de nulidad del contrato, se declarará fundada también la pretensión accesoria de restitución)⁵⁸²

⁵⁸¹ Sobre este necesario pronunciamiento judicial o arbitral a efectos de la declaración de nulidad de un contrato, un sector de la doctrina nacional plantea un cambio de enfoque: “Quizá una de las reformas urgentes legislativamente hablando es la patología del negocio jurídico en su formación y su correspondiente remedio de la invalidez el cual debería ser ejercido extrajudicial o extra arbitralmente. El numeral 2 del artículo 41 (efectos de la nulidad) del anteproyecto de Código europeo de contratos establece que la nulidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar dese la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato. En tal sentido, consideramos que las invalideces deberían ejercerse extrajudicial o extra-arbitralmente sin necesidad de una sentencia o de un laudo”: MORALES HERVIAS, Rómulo. “El negocio jurídico entre la codificación civil y la realidad social y económica”. En: Actualidad Jurídica. N° 200. Julio. 2010. Págs. 53-56.

⁵⁸² Lo mismo sucede cuando una de las partes pretende obtener el resarcimiento de los daños derivados de la celebración de un contrato inválido. Así, si una persona, obrando de buena fe, celebra un negocio jurídico desconociendo que éste se encuentra afecto por una causal de nulidad, producto de lo cual se ve perjudicado patrimonialmente y pretende de su contraparte (quien actuó

No obstante, frente a este “efecto de la nulidad de retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración del acto – por lo que si se ha ejecutado la prestación, la nulidad tiene el resultado de reestablecer las cosas a tal estado anterior, mediante la restitución de lo prestado – existen algunas excepciones: la devolución de frutos consumidos, de intereses del precio abonado, los actos de administración y ciertos efectos adheridos a contratos de tracto sucesivo. Todos estos supuestos se sustraen a la regla de la restitución”⁵⁸³.

En el plano conceptual, la restitución conviene demandarla de manera acumulada o en otra acción, porque es la aplicación de lo que reputamos una de las características generales del sistema: la retroactividad (...); incluso más: a raíz de la nulidad, quien lo celebró sabiendo o debiendo saber del vicio que invalidaría al negocio, además de restituir lo percibido, **en función a las reglas del pago indebido**, está obligado a resarcir el daño que causó a la otra parte (...); sin embargo, esta retroacción tiene la excepción en la regla *nemo auditur*, que impide al culpable la recuperación de lo suyo”⁵⁸⁴

En conclusión, la razón por la que luego de celebrado un contrato inválido las partes están obligadas a devolver aquello que ejecutaron o pagaron como

de mala fe), asuma los daños irrogados, entonces aquél primero deberá demandar que tal negocio sea declarado nulo por el Poder Judicial, para recién allí, acreditado que el negocio es nulo, probar la mala fe de su contraparte y obtener el respectivo resarcimiento. Ello a pesar de que en nuestro sistema jurídico contamos con una lamentable norma como lo es el artículo 207° CC (según el cual la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes) que de alguna forma limita la posibilidad de obtener el resarcimiento por la declaración de invalidez de un contrato derivada de una causal específica. Al respecto se puede ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. El caso del artículo 207 del Código Civil peruano”. En: Themis. Revista de Derecho. N° 49. Págs. 153-160.

⁵⁸³ LEON BARANDIARAN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica. Lima. 1997. Pág. 348.

⁵⁸⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Op. Cit. Pág. 557-559.

consecuencia de su celebración, es que tal pago no tuvo una causa o fundamento, al haberse tratado de un pago indebido que obliga a las partes a la restitución de lo recibido⁵⁸⁵; restitución que debe ser realizada de conformidad con las normas que integran el Capítulo Séptimo, Título II, Sección Segunda, Libro VI del Código Civil (artículos 1267º al 1276º CC).

3. La restitución de las prestaciones como consecuencia de un pago indebido

Arribada a esta primera conclusión, existe un segundo dato de la cita transcrita, que merece ser analizada de forma particular: Las partes deben restituirse las prestaciones ejecutadas como consecuencia de un pago indebido, en base al principio del pago indebido objetivo.

Corresponde entonces, determinar primero – de forma general, sin entrar a consideraciones muy específicas, pues ello excedería los fines de la presente investigación - en qué consiste el “*pago indebito*”, y posteriormente qué es aquello que el autor denomina “*pago indebido objetivo*”.

⁵⁸⁵ “Una especie de pago indebido es el pago sin causa propiamente dicha. En términos generales se puede decir que el pago sin causa strictu sensu tiene lugar cuando nunca existió o dejó de existir una obligación válida que es su causa fuente, de allí que si falta esa obligación, el pago que se haga carecerá de causa fuente y podrá ser repetido. Entonces. El pago sin causa se presenta como un hecho material de desplazamiento de bienes que por no corresponder a una causa o título que o justifique, puede ser repetido”: DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Pág. 60.

3.1. El pago indebido: origen (conditio indebiti) y regulación actual

En la antigüedad el pago indebido era considerado un tipo de cuasicontrato, es decir, era una de las tantas fuentes de las obligaciones dentro de la clasificación que se hacía de las mismas : “Otro ejemplo de cuasi contrato se da cuando se paga por error de hecho una cosa que no se debe. El pago de esta cosa es un hecho que obliga a aquél que lo ha recibido a devolverlo al que le ha pagado, aun cuando no se puede decir que haya intervenido en ese caso entre ellos convención alguna (...) En los contratos el consentimiento de las partes contratantes es la que produce la obligación; en los cuasicontratos no interviene consentimiento alguno, y es la ley sola o la equidad natural la que produce la obligación, al hacer obligatorio el hecho de donde resulta. Es por esto que esos hechos son llamados cuasicontratos, y por cuanto, sin ser contratos, y mucho menos delitos, producen obligaciones como las producen los contratos”⁵⁸⁶

En nuestro país, el pago indebido ha sido regulado en el artículo 1267° CC, dentro del Libro de Obligaciones. En lo que concierne al método, es decir, a la ubicación que se le ha dado a esta figura, es posible señalar tres orientaciones:

- a. La primera lo ubica, junto a la gestión de negocios, como una especie de cuasi contrato. Es la posición adoptada, por ejemplo, por el Código Civil francés (artículos 1376° a 1381°) y por el Código Civil español (artículos 1895° a 1901°). Este método acierta en tanto considera que el pago indebido es, en sustancia, una fuente creadora de obligaciones: la de restituir lo recibido. Pero yerra en cuanto lo asimila a un cuasicontrato, porque la doctrina moderna ya ha demostrado que el cuasicontrato es sólo

⁵⁸⁶ POTHIER. Tratado de las Obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires. 1947. Pág. 71.

un nombre vacío de contenido de manera que no puede proporcionar una disciplina jurídica sistemática para las figuras reputadas como tales.

- b. Otra corriente sitúa al pago indebido como una especie de enriquecimiento sin causa. Tal es, por ejemplo, el método seguido en los códigos civiles alemán (artículos 812° a 822°) e italiano (artículos 2033° a 2042°). Este método es el más adecuado por cuanto, por un lado, considera al pago indebido como lo que es: una fuente de obligación, y por otro, al aplicarles las reglas y principios del enriquecimiento sin causa, permite que las distintas especies de indébito que pueden presentarse se sometan, sin desconocer las particularidades de cada hipótesis, a un régimen jurídico residual uniforme.
- c. Por último, una tercera corriente incluye el pago indebido entre los capítulos destinados al pago, considerándolo una de sus especies. Es el método que siguió el codificador argentino en los artículos 784° a 798°, y el peruano, en los artículos 1267 a 1276°. A este método se le puede oponer el hecho de que el pago indebido no es un método extintivo de obligaciones (como sí lo es el pago en sentido estricto), sino por el contrario, es una causa fuente de la obligación de restituir⁵⁸⁷

El legislador nacional, como ya se indicó, optó por el tercer método – colocando al pago indebido como una especie del pago – y definió al pago indebido de la siguiente forma (artículo 1267° CC):

⁵⁸⁷ WAYAR, Ernesto. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. 2ª. Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2004. Págs. 458-459.

“El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”.

Si por pago (o cumplimiento) entendemos la exacta y puntual ejecución de la prestación debida, que provoca tanto la satisfacción del interés del acreedor como la liberación del deudor del vínculo obligatorio, se entiende que cuando el artículo 1267º CC se refiere al *“que por error de hecho o derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago”*, está, en rigor, haciendo referencia a una circunstancia que bajo ningún concepto puede reconducirse al fenómeno *“pago”*.

En efecto, el *“pago”* presupone una relación obligatoria existente y válida. Por ello, cuando, pese a su inexistencia o invalidez, se produce - con *animus solvendi*, conforme se indicará más adelante - un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro, parece obvio que el ordenamiento reaccione creando en el que recibió (sin importar el que éste haya actuado de buena o mala fe) un deber de restitución de lo que no se le debía (lado pasivo) y un derecho de repetición en cabeza del que realizó tal desplazamiento (lado activo)⁵⁸⁸. Vale decir que *“el pago de lo no debido”* crea una relación obligatoria, en la que el *accipiens* resulta ser el deudor y el *solvens* su acreedor.

⁵⁸⁸ En efecto, “una especie de pago indebido es el pago sin causa propiamente dicha. En términos generales se puede decir que el pago sin causa strictu sensu tiene lugar cuando nunca existió o dejó de existir una obligación válida que es su causa fuente, de allí que si falta esa obligación, el pago que se haga carecerá de causa fuente y podrá ser repetido. Entonces. El pago sin causa se presenta como un hecho material de desplazamiento de bienes que por no corresponder a una causa o título que o justifique, puede ser repetido”: DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Pág. 60.

De allí que algunos autores hayan sostenido que resulta tan correcto decir "*pago indebido*" (o "*pago de lo que no se debe*", como lo establece el Código Civil argentino), como "*cobro de lo no debido*" (o "*cobro de lo indebido*", como se puede apreciar en el Código Civil español), pues la primera expresión atiende al sujeto que realiza el seudo *acto solutorio* y la segunda atiende al que lo acepta⁵⁸⁹. Se trataría - se sostiene - de las dos caras de una misma moneda⁵⁹⁰.

Sin embargo, debemos precisar que – desde nuestro particular punto de vista - la expresión "*pago indebido*" constituye una denominación errónea a todas luces, pero que todavía se encuentra arraigada debido a que son pocos los que se atreven a cuestionar el tradicional *nomen juris*. Y es errónea en virtud de su palabra inicial: "*pago*", ya que no se produce ningún pago, en tanto ello supone la pre-existencia de una relación jurídica obligatoria, la cual precisamente no hay. Además, el pago está encaminado a extinguir una relación jurídica patrimonial, por el contrato, el pago indebido antes de extinguir una obligación resulta siendo una fuente creadora de ella.

No obstante, el profesor José Alberto Garrone aduce que "colocar al pago indebido dentro del Título del pago es un criterio defendible porque se está, indiscutiblemente, frente a un acto que es subjetivamente un pago"⁵⁹¹. Por nuestra parte, discrepamos de este argumento, como también lo hace la doctrina más autorizada.

⁵⁸⁹ FERRERO COSTA, Raúl. "Pago indebido". En: Código Civil Comentado. Tomo IV. Gaceta Jurídica. Pág. 612.

⁵⁹⁰ Ibid. Pág. 612.

⁵⁹¹ GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1987, Tomo III, p. 23.

A raíz de las críticas que ha despertado la expresión "*pago indebido*", han surgido nuevas denominaciones jurídicas para ser adjudicadas al instituto sub-examine y todas ellas descartan la posibilidad de emplear la palabra "pago".

En este orden de ideas, el Código Civil de España regula en su Libro Cuarto, Título XVI, Capítulo I, Sección Segunda lo atinente al "*cobro de lo indebido*". Asimismo, Carlos Cárdenas Quiros propone el nombre "*desplazamiento patrimonial indebido*"⁵⁹². Por su parte, Luciano Barchi Velaochaga utiliza la frase "*atribución patrimonial indebida*"⁵⁹³

Entre estas frases, estimamos que la primera no soluciona la confusión conceptual, puesto que "*cobro*" supone también que pre-exista una relación jurídica obligatoria, mientras que las dos siguientes sí delinear las características de la figura obligacional, siendo "*desplazamiento patrimonial indebido*" la que consideramos más acertada porque en ella resalta, precisamente, el "*desplazamiento*" producido.

Justamente por no tratarse de un "pago" en el sentido técnico del término, resulta equívoco consignar el concepto estudiado como efecto de las obligaciones,

⁵⁹² CARDENAS QUIROZ, Carlos. "Modificaciones al Libro de Obligaciones del Código Civil Peruano". En: Thémis. Revista de Derecho. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Época, N° 30, p. 147.

⁵⁹³ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "¿Es el Derecho de Obligaciones un Derecho Neutral?". En: Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas. Congreso Internacional. Lima, Universidad de Lima, 1995, Tomo II, p. 61.

cuando en rigor constituye una fuente de las mismas. Ahora bien, esta noción (aunque no ha sido acogida por la doctrina mayoritaria o la legislación extranjera y recién aflora) data de antiguo – como ya se indicó - puesto que el pago de lo indebido era ya fuente de obligaciones en el Derecho Clásico; lo que sucede es que se discutía su carácter de *contractus*⁵⁹⁴.

Así, en el Derecho Romano clásico, al que realizaba un pago indebitum se le daba una *actio*: la *condictio indebiti*. Los romanistas recuerdan que el espíritu práctico de los jurisconsultos romanos los llevó a resolver los problemas del pago indebido por medio de una *condictio*⁵⁹⁵. Las *condictios* eran acciones que presentaban caracteres jurídicos particulares, cuya finalidad era obtener la restitución de aquellos bienes o sumas de dinero que hubiesen salido del patrimonio de una persona (*solvens*) e ingresado en el de otro (*accipiens*) en razón de una causa inexistente, ilegal o inmoral. En una de tales acciones, la *condictio indebiti*, que era una acción personal que se concedía a quien había efectuado un pago por error y cuya finalidad era obtener la restitución de lo pagado, tiene su cuna el “*pago indebido*”. Se entendía que no era justo que quien hubiese recibido un pago al que no tenía derecho, se enriqueciera a costa de quien pagó; por ello, el pretor

⁵⁹⁴ Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, Tomo II, p. 36.

⁵⁹⁵ Los romanistas recuerdan que el origen histórico de las *condictio* se sitúa entre los años 510 y 605 de Roma (Siglos III y II a.c.) con las leyes *silia* y *Calpurria* que crearon la *condictio certa pecunia* y *certa res*. Estas *condictios* eran dadas a quienes reclamaban la restitución de ciertas sumas de dinero o bienes retenidos por otro sin derecho. Luego, en el Bajo Imperio, por influencia de la doctrina cristiana, las *condictios* se multiplicaron: a) en caso de robo o hurto, se concedía una *condictio furtiva*, para recuperar lo robado, siempre que la cosa pudiese ser reivindicado; b) si la entrega se hubiese hecho en razón de una causa inmoral o ilícita, se concedía la *condictio ab turpem val injustam causa*; c) en cambio se la entrega había sido hecha en razón de una causa lícita, pero quien entregó tenía derecho a la restitución, se daba la *condictio ab causa datorum* o *casua data non secuta*; d) por último, para la repetición de una suma de dinero o de una cosa entregada en razón de un pago por error, se concedía la *condictio indebiti*: PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa. México D.F. 1996. Pág. 451.

concedía esta acción, para que el *accipiens* restituyera las cosas al estado anterior al pago⁵⁹⁶

En un inicio Gaio encuadraba – en sus Institutas - el *indebitum* dentro de las varias causas que determinaban el nacimiento de obligaciones (junto con las obligaciones que nacían *ex delicto* y la *ex contractus*). La tripartición gaiana fue alterada en las institutas justinianeas, que crearon la categoría de las obligaciones *quasi ex contractu* (luego transformada en *ex quasi contractus*), entre las que se incluyeron a la *negotiorum gestio* y al *indebitum*. De allí viene la inclusión del pago indebido en muchos Códigos del Siglo XIX como obligación naciente de un "*cuasi contrato*", una categoría que, en los Códigos más recientes, ha desaparecido en tanto resultante de una auténtica ficción. En efecto, la doctrina y las legislaciones más modernas – conforme ya se indicó en las páginas precedentes - consideran al pago indebido como un caso particular de la figura general del enriquecimiento sin causa (así en el BGB alemán y en el Código suizo de las Obligaciones).

Pero si bien el "pago indebido", cual verdadera fuente de obligaciones, encuentra su razón de ser en la reacción del ordenamiento frente al desplazamiento patrimonial que carezca de causa, dadas sus peculiaridades merece un tratamiento autónomo, y en esto sí acertó nuestro legislador. Sin embargo, lo que sí resulta cuestionable – como ya se indicó – es la ubicación sistemática del instituto en el título referente al pago del Libro de Obligaciones, por lo que sería deseable su traslado al Libro de las Fuentes de las Obligaciones, como una nueva sección autónoma, luego de la "gestión de negocios" y antes del "enriquecimiento sin causa", tal como en el Código Civil italiano de 1942.

⁵⁹⁶ ARANGIO RUIS, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Trad. de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. Pág. 460

Cerrado este paréntesis histórico y retomando el punto central del presente capítulo, en cuanto fuente generadora de obligaciones, el "pago indebido" genera la obligación, por parte de quien lo recibió, de restituir lo recibido (o, en su caso, su valor) y en la contraparte el derecho de repetición (devolución) de lo "pagado".

3.2. Elementos del pago indebido

Para que proceda la repetición de lo indebidamente pagado será necesario que concurren los elementos siguientes:

- a. El cumplimiento de una prestación. Si bien el artículo 1267° CC solamente señala como supuesto el cumplimiento de una prestación de dar ("*entrega a otro de algún bien o cantidad en pago*"), a tenor del artículo 1276° CC debe aplicarse una regla similar cuando el comportamiento del *solvens* consista en un hacer o en un no hacer.
- b. El *animus solvendi*. Vale decir, **propósito de extinguir una obligación propia**. Este elemento intencional es fundamental para configurar un supuesto de pago indebido, pues si el *solvens* actúa a sabiendas de que no se trata de una obligación propia, podría configurarse un caso de subrogación en el pago (artículos 1260° y ss. CC).
- c. Inexistencia de la obligación (falta de causa). Ya sea en razón de que la prestación no era debida (*indebitum ex re* u objetivo) o, si existiendo la deuda, ésta no era de cargo del *solvens* ni a favor del *accipiens* (*indebitum ex persona* o subjetivo). Este elemento evidencia con toda claridad su

diferencia con el pago verdadero que sí satisface una obligación existente, mientras que en el pago indebido o no existe o no es a favor de quien recibe, o no es de cargo de quien paga. Por otra parte, la palabra pago, en el lenguaje técnico, presupone la existencia de una relación obligatoria que se extingue mediante ese acto, en tanto que en el pago indebido encontramos una atribución patrimonial que no tiene como base una obligación previa y, por tal motivo, precisamente, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

- d. El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el pago⁵⁹⁷ (el *solvens*). El *solvens* debe proceder por error, es decir, por equivocación. El error que hace procedente la repetición de lo pagado también puede presentarse cuando el *solvens* es efectivamente deudor, pero satisface a su acreedor con una prestación distinta de aquella en que se obligó o bien cuando el error recae en las circunstancias o modalidades de la prestación debida⁵⁹⁸.

De esta redacción que tenemos en nuestro Código sobre el pago indebido, ¿Podemos sostener que un pago efectuado como ejecución de un contrato

⁵⁹⁷ “En principio el Código sólo refiere la mediación del error a la entrega indebida, esto es, al *solvens*, sin que parezca exigirlo también en la recepción, o sea, en el *accipiens*. Según una opinión doctrinal, la eliminación de este requisito y la consiguiente inclusión del cobro indebido de mala fe (incompatible con el error del *accipiens*) es consecuencia de haber fundido en el artículo 1895º CC español dos condiciones históricas: la *condictio indebiti*, que se concede al que pagó por error para liquidar una deuda en realidad inexistente, y la *condictio furtiva*, concedida al propietario contra el ladrón (sin perjuicio de la reivindicatoria) por razón del hecho delictivo (no del enriquecimiento)”: PUIG FERRIOL, Luis; GETE – ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRIGUEZ, Jacinto y HUAL DE SANCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. 2ª. Edición. Marcial Pons. Barcelona. 1998. Pág. 217.

⁵⁹⁸ Sobre la necesidad del error como requisito para estar frente a un pago indebido, ahondaremos más adelante.

inválido es un pago indebido? En realidad, la mala redacción de la norma da lugar a una serie de dudas y nos obliga a recurrir a una interpretación sistemática.

Si un requisito para estar frente a un pago indebido es que aquél que pagó lo haya hecho por error – ya sea de hecho o de derecho -, eso significa que cuando una de las partes contratantes no conocía la causal de invalidez que afectaba al contrato celebrado y por tal motivo pagó, sí procedería la repetición de lo pagado conforme las reglas del pago indebido.

Por el contrario, en aquellos casos en que luego de celebrado un contrato inválido, la parte que, pese a conocer perfectamente la causal de invalidez que lo afecta, ejecutó la “prestación”, entonces en tal caso – según el artículo 1267º CC – no procedería aplicar las reglas del pago, en cuanto la parte que pagó lo habría hecho voluntariamente y no por error. Póngase como ejemplo el caso del contrato de compra venta simulado de forma absoluta – el cual es un contrato inválido – en virtud del cual el enajenante simulado, para hacer más real el contrato y crear de una forma mucho más convincente la apariencia de transferencia de propiedad frente a terceros, entrega el bien a favor del adquirente simulado. Según la regla del artículo 1267º CC, el enajenante simulado que entregó voluntariamente el bien, a pesar de saber que se trataba de un contrato inválido, no tendría derecho de repetir aquello que entregó, en cuanto al no haber actuado por error, no se estaría ante un pago indebido. Es decir, a pesar de que - como ya se indicó – la devolución de las prestaciones ejecutadas como consecuencia de la celebración de un contrato inválido tienen como fundamento al “pago indebido”, el legislador optó por imposibilitar su aplicación en aquellos casos en los que, históricamente, ella sí procedería.

¿A qué se debe esta regulación bastante defectuosa de nuestro legislador en lo que respecta al pago indebido? El error del legislador peruano encuentra como causa el no haber sabido diferenciar las figuras del pago indebido objetivo – en donde no se exige como requisito del mismo el error – del pago indebido subjetivo, en donde el error de quien paga sí asume una importancia fundamental.

3.3. Formas del pago indebido: objetivo y subjetivo. ¿Ambas están reguladas en nuestro Código Civil?

El Código Civil italiano sí reguló el pago indebido en sus dos formas: objetivo y subjetivo. El pago indebido objetivo se encuentra regulado en el artículo 2033º, según el cual:

“El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo que pagó. Tiene, además, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda”.

Por su parte, el pago indebido subjetivo se encuentra regulado en el artículo 2036 del código italiano, y prescribe lo siguiente:

“El que ha pagado una deuda ajena creyéndose deudor en base a un error excusable, puede repetir lo pagado siempre que el acreedor, obrando de buena fe, no se haya desprendido del título o de las garantías del crédito. El que ha recibido lo indebido está también obligado a restituir los frutos e intereses desde el día del pago si obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda. Cuando no sea posible la repetición, el que pagó se subroga en los derechos del acreedor”.

Como se puede apreciar, el pago indebido subjetivo sí requiere la figura del error, lo que no sucede con el pago indebido objetivo. Esta diferenciación, que no fue tomada por el legislador peruano, ha dado lugar a la incoherencia que detallamos líneas arriba: habrían supuestos en los que, objetivamente, sí se trataría de un pago indebido, pero por la ausencia de error en aquella parte que “pagó”, no se podría aplicar la figura del pago indebido.

Hubiese sido adecuado regular el pago indebido tal como lo fue en Italia, en sus vertientes objetiva y subjetiva, exigiendo sólo en el segundo caso el error por parte de quien efectuó el pago.

A pesar de esta deficiente regulación, existe una norma posterior – también dentro del capítulo de Pago Indebido – que de alguna forma corrige el error en que incurrió el legislador en el artículo 1265° CC. Se trata del artículo 1273° CC que, al obviar la exigencia del error en determinados casos, permite sostener de forma válida que el pago indebido objetivo sí tendría un apoyo normativo en nuestro Código Civil. La referida norma establece lo siguiente:

“Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquél a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada”

Lo que nos interesa es lo establecido en el segundo párrafo de la norma: se presume el error cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Es decir, incluso en ausencia de error se estará ante un pago indebido, importando únicamente que el contrato se haya ejecutado sin una causa de justificación (exactamente igual como sucede con la figura del pago indebido objetivo).

¿Se trata de una presunción iuris tantum o iuris et de iure? La norma no establece que “se presume **sin admitir prueba en contrario** que hubo error cuando (...)”. Sin embargo, el hecho de que no se haya introducido tal frase – “sin admitir prueba en contrario – no es razón suficiente para llegar a la conclusión de que se trata de una presunción iuris tantum.

Antes de entrar al análisis de la referida norma así como a establecer de qué tipo de presunción se trata, corresponde efectuar algunas precisiones. En el ámbito del derecho procesal existe un principio que reza *onus probandi incumbit ei qui decit* - “todo aquel que alega un hecho debe probarlo”⁵⁹⁹. No obstante, existen supuestos de excepción en donde el sujeto titular de la carga de demostración de sus versiones, se libera de ella por existir “*presunciones reguladas por ley*”.

La presunción es la “inducción de la existencia de un hecho desconocido de la de uno conocido, basada en el presupuesto de que debe ser verdadero en el caso

⁵⁹⁹ El Código Procesal Civil dispone en el artículo 196 lo siguiente: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los conradice alegando nuevos hechos”.

concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos que entra aquel hecho conocido"⁶⁰⁰.

Otro grupo⁶⁰¹, además del sentido lógico de la presunción, tiende a discriminar la calidad de la misma en base a su fuente u origen. Aquí podemos citar a Devis Echandía⁶⁰² quien nos dice que "es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos".

Un tercer grupo⁶⁰³, luego de describir a las presunciones en cuanto a su contenido se refiere, destaca la naturaleza de las normas que las contienen y lo que es consustancial a las presunciones, esto es, que para ser consideradas como tales deben admitir la prueba en contrario. En este grupo encontramos a autores como Díez Picazo⁶⁰⁴, para quien las presunciones, a las que denomina *iuris*, son siempre "unas declaraciones legales que obligan a dar por cierto lo legalmente

⁶⁰⁰ COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Unión Tipográfica. Editorial Hispano Americana. México. 1938. Pág. 598.

⁶⁰¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Héctor P. Zarodia Editor. Buenos Aires. 1970. Pág. 694; LESSONA, Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Tomo V. Revista de Legislación. Madrid. 1905. Pág. 91; CARRERAS, Jorge. "Naturaleza Jurídica y tratamiento de las presunciones". En: Revista Jurídica de Cataluña. Año LXI. Nos. 3 y 4. Editorial Altes. Barcelona. 1962. Pág. 525.

⁶⁰² *Ibíd.*

⁶⁰³ DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis. Colombia. 1981. Pág. 99; Díez Picazo, Luis. Estudios de Derecho Privado. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1962. Pág. 210.

⁶⁰⁴ *Ibíd.*

presumido a todo efecto, en tanto no se produzca la positiva apreciación judicial de la prueba del hecho contrario, en cuyo sentido, por implicar una dispensa de prueba para el favorecido, reciben procesalmente el tratamiento de normas que resuelven, en ciertos casos particulares, el problema de distribuir la carga de la prueba".

Y por último, hay autores como Liebman⁶⁰⁵ que le dan a las presunciones una concepción depurada. Así, el referido autor sostiene que "(...) son expedientes de técnica legislativa dirigidos a facilitar la posición del titular de la relación o del status mediante la simplificación analítica del hecho específico".

Antes que optar por alguno de los grupos elaborados, nos inclinamos por destacar las ideas principales que, a nuestro entender, resultan fundamentales sobre las presunciones.

En primer lugar la presunción legal establece una consecuencia que cabe dentro de lo normal, según las máximas de la experiencia que son subsumidas en la norma en concreto, producto de una relación que enlaza entre sí un hecho conocido y cierto con un hecho desconocido e incierto (una afirmación base con una afirmación resultado, que es lo que se presume). En segundo lugar, para que la presunción legal exista tal como su nombre lo indica debe estar contenida o establecida en una norma, en nuestro caso en una del Código Civil. Y, por último, algo fundamental es el hecho de que la presunción siempre admite la prueba de lo

⁶⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. E.J.E.A. Buenos Aires. 1980. Pág. 293.

contrario, o lo que es lo mismo, tiene validez mientras no ocurra la prueba de lo contrario⁶⁰⁶.

Respecto de este último, en lo que respecta a la posibilidad de su prueba en contrario, la doctrina suele distinguir entre las presunciones *iuris tantum*, también llamadas presunciones legales relativas - aquellas que sí admiten prueba en contrario - y las presunciones *iuris et de iure*, también llamadas presunciones legales absolutas - aquellas que no admiten prueba en contrario.

En la medida que - como se ha dicho - las verdaderas presunciones son aquellas que siempre admiten prueba en contrario, un sector doctrinario niega que las denominadas presunciones *iuris et de iure* sean verdaderas presunciones, en cuanto en realidad se trataría de una ficción, más que de una presunción: “En realidad es unánime desde el siglo pasado, el rechazo doctrinal de las presunciones *iuris et de iure*. Son muy pocos los autores que aceptan la existencia verdadera de tales presunciones, y más raros todavía los que intentan vanamente defender su utilidad (...) En buena cuenta las mal llamadas presunciones legales absolutas no son otra cosa que normas imperativas dictadas por el legislador, que establecen una consecuencia sin más. La presunción *iuris tantum* o propia, que es la única que existe, además de permitir la prueba en contrario, requiere para su existencia, en primer lugar, el estar reconocida por la ley, y en segundo lugar, reunir los siguientes elementos: afirmación base (hecho indicador o punto de partida), enlace y afirmación resultado (hecho resultado o lo que se presume)⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ ZAVALA TOYA, Salvador. Las presunciones en el Derecho Civil. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima. Junio. 1991.

⁶⁰⁷ *Ibíd.*

En este sentido, se ha dicho con acierto que "una presunción que no puede ser enervada es una realidad para el derecho"⁶⁰⁸.

Entonces, consideramos un error hablar de "presunciones" *iuris et de iure*, en cuanto lo correcto es llamarlas por lo que verdaderamente son: ficciones legales⁶⁰⁹. Alzamora Valdez⁶¹⁰ explica la ficción como una suposición que hace el derecho sobre la existencia o la realidad de algo que no existe de diversa manera, a fin de lograr, mediante una aplicación de determinadas normas, consecuencias jurídicas que no se obtendrían de otro modo; y que mientras las presunciones se fundan en leyes de probabilidad, las ficciones son verdaderos artificios, es decir, puras creaciones del derecho"⁶¹¹.

A pesar de la aclaración respectiva, en adelante seguiremos empleando el término "presunción", para hacer referencia tanto a la denominada *iuris tantum* como a la *iuris et de iure*, en la medida que esta ha sido la denominación por la que optó nuestro legislador procesa.

⁶⁰⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 1988. Pág. 157.

⁶⁰⁹ Uno de los varios casos de ficción que ha establecido el legislador en el Código, es el contenido en el artículo 2012º, que a la letra dice: "*Se presume, sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones*".

Más que una presunción -aunque del contenido literal de la norma podría pensarse que sí lo es-, nos encontramos ante una ficción, ya que el hecho de que toda persona tiene conocimiento de las inscripciones, no es un hecho que ocurra normalmente en la realidad, sino todo lo contrario.

⁶¹⁰ ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario. Ediciones Peruanas. Lima. 1966. Págs. 121 y 122.

⁶¹¹ Por tal razón, no compartimos la opinión de JOFRE, Tomas. Manual de Procedimiento (Civil y Penal). Tomo III. 5a. Edición. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1941. Pág. 411, para quien "el legislador puede tomar por fundamento, al establecer una presunción, lo que ocurre de ordinario, o una ficción" alegando que es indiferente para el intérprete el estudio de los motivos que la han inspirado, y que, finalmente lo que está en juego es siempre una regla de derecho".

Ambos tipos de presunciones presentan similar estructura:

(i) **Afirmación base**, conocida también como supuesto o punto de partida de la presunción, hecho conocido o indicador: para que la presunción pueda constituirse es necesario que la afirmación base haya quedado plenamente acreditada. Si mediante la presunción se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, es inescindible a la propia naturaleza de la presunción que el hecho o afirmación base sea conocido plenamente por el juez, lo cual ocurre solamente a través de la prueba efectuada en el proceso, que haya provocado una convicción afirmativa del juez en torno a la realidad de la afirmación base.

(ii) **Afirmación resultado**, también llamada afirmación consecuencia o afirmación presumida: se caracteriza principalmente por su diversidad respecto de la afirmación base. La afirmación presumida no sólo tiene que ser distinta de la afirmación base, sino que además no debe estar contenida en las notas de la primera. Por ejemplo, si la afirmación base está compuesta por A + B, la afirmación resultado tiene que ser forzosamente distinta de A, de B y de A + B. Caso contrario no existiría una nueva afirmación, sino una desintegración de afirmaciones preexistentes.

(iii) **El enlace**: el elemento individualizador de la presunción es el enlace, que permite el paso de la afirmación derivada de los medios probatorios, a la afirmación presumida relevante para el juicio de hecho de la sentencia⁶¹².

Habiendo hecho esta breve referencia sobre las presunciones, corresponde dar respuesta a la pregunta planteada con anterioridad: ¿la presunción contenida en el artículo 1273º CC se trata de una *iuris tantum* o de una *iuris et de iure*?

⁶¹² ZAVALA TOYA, Salvador. "Las presunciones en el Derecho Civil". Ob. Cit. Pág. 121.

En dicha presunción, la afirmación base es “cuando se ejecuta una prestación que nunca se debió – por ejemplo, una prestación nacida de un contrato nulo - o que ya estaba pagada”; y la afirmación resultado es: hubo error por parte de quien pagó.

Al margen de si estamos ante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, siempre la parte interesada en evitar que la presunción se aplique a un caso concreto, deberá probar que la afirmación base no ocurrió. Es decir – tratándose del artículo 1273º - la parte que recibió la prestación y que ahora no quiere devolverla, deberá probar: (i) que nunca se ejecutó ninguna prestación a su favor; (ii) o que tal ejecución de prestación sí se le debía, en cuanto tenía como fuente un contrato válido y eficaz.

Sin embargo, en caso esta parte interesada no pueda probar que la afirmación base no ocurrió – supongamos que está acreditado que la prestación que recibió tuvo como fuente o causa un contrato NULO - todavía le quedará una posibilidad de evitar la aplicación de la presunción, y por ende de evitar tener que devolver la prestación recibida: deberá probar que el hecho resultado no se produjo. Esto, aplicado al artículo 1273º CC, consistiría en probar que a pesar de que la prestación se ejecutó como consecuencia de un contrato nulo, no hubo error alguno por parte de quien ejecutó la misma en la medida que lo hizo de forma plenamente voluntaria.

Por ejemplo: si “A” en virtud de un contrato nulo, ejecuta una prestación a favor de “B”, y luego de ello le exige a este último la devolución de la prestación, en cuanto la misma nunca fue una prestación debida: ¿Podrá “B” exonerarse del deber de devolver (repetir) la prestación ejecutada a su favor, argumentando que no hubo error alguno por parte de “A” al momento de ejecutar la prestación, sino que por el

contrario se trató de una ejecución plenamente voluntaria? Si la respuesta es sí - es decir, si la prueba de la ausencia de error en el *tradens* adquiere una relevancia tal que permite al accipiens mantener en su poder aquello que recibió como ejecución de un contrato nulo - entonces la conclusión es que se trata de una presunción *iuris tantum*; si la respuesta es no - es decir, si la ausencia de error por parte del *tradens* no es suficiente para concluir sobre la inexistencia de un pago indebido – es porque se trata de una presunción *iuris et de iure*.

Téngase en cuenta que la presunción es acerca de la existencia del error: “Se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada”⁶¹³. ¿Qué implicaría que estemos frente a una presunción *iuris tantum*? Implicaría que el *accipiens* - la parte a la que se le exige la devolución de lo recibido – podría probar que no hubo error en el *solvens* al momento en que ejecutó la prestación. De esta forma, desmentido el error, no procedería la demanda de repetición de lo pagado.

No obstante, el artículo 1273º CC en ninguna parte le otorga relevancia a la acreditación de la ausencia de error para darle la razón al *accipiens*. En efecto, la norma es clara cuando señala que la única forma en que el demandado evitará ser obligado a devolver aquello que recibió es: (i) probando que la entrega se efectuó a su favor a título de liberalidad; (ii) probando que la entrega a su favor se dio por otra causa justificada.

⁶¹³ Sobre esta presunción, se ha dicho: “El Código Civil de 1984, considerando que el problema de la prueba del pago era excesivo y complicado para el *solves* que lo hubiese efectuado, establece un régimen en virtud del cual, ante ciertas circunstancias, el *solves* se ve liberado de la prueba”: GALDO MARIN, Elizabeth. El Denominado Pago Indebido en el Código Civil de 1984. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil. Sustentada en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1992. Pág. 232.

Entonces, por más que el *accipiens* acredite que quien ejecutó la prestación no lo hizo por un estado de error, sino voluntariamente, la propia norma no lo toma como un hecho relevante. Es decir, incluso la acreditación (por parte del *accipiens*) de que el *tradens* ejecutó la prestación sin estar en un estado de error, no es suficiente para impedir que se repita lo pagado, por lo que correspondería aplicar – aun en caso de ausencia de error – las reglas del pago indebido. En conclusión, se trata de una presunción que NO ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO.

Por ello, con acierto se ha dicho que “en el presente supuesto normativo, el legislador pareciera regular una *presunción iuris tantum* en tanto presume la existencia de error al momento de efectuarse el pago, en la medida en que el sujeto cumpla una prestación que nunca se debió o que ya había sido pagada, pero en realidad, consideramos que el sujeto demandante deberá demostrar que la prestación nunca se debió o que ésta ya había sido pagada, y sólo una vez cumplido con ello, operará la presunción del error”⁶¹⁴.

Con un ejemplo esto último quedará más claro: “A” y “B” celebran un contrato de compraventa simulada de forma absoluta. En “ejecución” de dicho contrato, con la finalidad de crear una mayor apariencia frente a terceros, “A” (vendedor simulado) entrega el bien a “B” (adquirente simulado). Pasado un tiempo, luego de que el contrato simulado satisfizo la finalidad por la que fue celebrado, “A” le solicita la devolución del bien a “B” ante lo cual éste se niega. Debido a ello “A” demanda a “B” y exige judicialmente la repetición de lo “pagado”, alegando lo establecido en el artículo 1273° CC: “La entrega del bien inmueble nunca fue una obligación de “A”, por lo que se presume el error y por ende corresponde la repetición de lo entregado”. ¿Bastará que “B” destruya la presunción del error para evitar devolver el bien recibido indebidamente? En otras palabras, ¿Bastará que “B” pruebe que

⁶¹⁴ BELTRAN PACHECO, Jorge. “Carga de la prueba del error”. En: Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Lima. 2007. Pág. 490.

“A” ejecutó la “prestación” no en un estado de error, sino de forma plenamente voluntaria, para de esta forma evitar devolver lo recibido indebidamente”?

Si se tratase de una presunción *iuris tantum*, bastaría con que “B” acredite que no hubo error por parte de “A” al momento de ejecutar su “prestación”, para evitar configurar el hecho como un pago indebido y por ende evitar verse compelido a devolver lo recibido.

Sin embargo, esto no es posible: la única forma – como lo establece el artículo 1273º CC - que tiene “B” de excluir que se está en presencia de un pago indebido y por ende evitar que el Juez lo condene a devolver lo recibido, es acreditar que la entrega del bien sí tuvo una causa jurídica determinada.

Entonces, la presunción contenida en el artículo 1273º CC acerca de la existencia del error, es una presunción que no admite prueba en contrario, bastando la sola ausencia de causa en la ejecución del contrato, para concluir indefectiblemente que sí hubo error, y por ende para aplicar en tal caso toda la normativa referente al pago indebido.

La conclusión de todo este derrotero sería la siguiente:

- (i) la existencia del error al momento de ejecutar una prestación es sinónimo de pago indebido y por ende la parte que lo recibió está obligado a repetir lo recibido;
- (ii) se presume, sin admitir prueba en contrario, la existencia del error cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada; entonces

(iii) siempre que se haya ejecutado una prestación que nunca se debió, se estará frente a un pago indebido;

(iv) la ejecución de una “prestación” nacida de un contrato nulo, es una prestación que nunca se debió, en cuanto no tiene una causa jurídica; por ello

(v) toda “ejecución de una prestación nacida” de un contrato nulo, al ser una ejecución en ausencia de causa, se presume sin admitirse prueba en contrario— de conformidad con el artículo 1273º CC – que fue realizada en un estado de error, por lo que corresponde aplicar a ese caso en concreto - ejecución de un contrato nulo - las reglas del pago indebido.

Entonces, siempre que se esté en presencia de un contrato nulo en virtud del cual una de las partes o ambas hayan ejecutado sus respectivas prestaciones, ya sea que dicha ejecución se haya dado por error o de forma voluntaria⁶¹⁵, la parte ejecutante podrá exigir la repetición de lo “pagado” en virtud de las normas que regulan el pago indebido⁶¹⁶. Esto, en buena cuenta, significa que nuestro legislador ha regulado ambas formas de pago indebido: el subjetivo – donde exige la presencia del error – y el objetivo, en el que lo fundamental es la ejecución de una prestación sin que haya mediado una causa jurídica válida para ello.

⁶¹⁵ Con lo establecido en el artículo 1273º CC el legislador se desdice de lo establecido en el artículo 1267º CC, y permite estar ante un pago indebido por más que la ejecución de la “prestación” no haya sido efectuada en un estado de error. De este modo, y aunque de manera imperfecta y un tanto confusa, el legislador nacional ha consagrado la figura del pago indebido objetivo, resultando fundamental, en estos casos, no el error, sino únicamente la ejecución de un contrato en ausencia de causa, como sería la ejecución de un contrato nulo.

⁶¹⁶ Esta conclusión es acorde con la forma histórica en que fue entendida el pago indebido: todo pago efectuado como consecuencia de la celebración de un contrato inválido, sea que tal ejecución se haya dado de forma voluntaria o por error, siempre implica un pago indebido, por lo que, en aplicación de las normas que regulan esta institución (la denominada *conditio indebiti*), corresponde que el *accipiens* repita aquello que recibió a favor del *solvens*.

4. La protección de los terceros subadquirentes derivado de un pago indebido

Habiendo quedado claro que siempre que se esté en presencia de un contrato nulo corresponde la aplicación de las normas del pago indebido, centraremos ahora nuestro análisis en dos normas del Código que – tenemos la impresión – han pasado desapercibidas en nuestro medio en lo que respecta a la protección de los terceros subadquirentes. Nos referimos a los artículos 1270° y 1272° CC.

El artículo 1272° señala lo siguiente:

“Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución.

En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados” (el énfasis es agregado)

Sintetizando lo señalado en este artículo, podemos diseñar el siguiente esquema:

Accipiens	Tercero	Título	Consecuencias
Buena fe	Buena fe	Oneroso	El <i>accipiens</i> restituye el precio del bien o cede la acción para hacerlo

			efectivo
Buena fe	Buena fe	Gratuito	El <i>accipiens</i> restituye el bien
Buena fe	Mala fe	Gratuito	1. El <i>accipiens</i> restituye el bien 2. El tercero está obligado a indemnizar los daños irrogados.
Buena fe	Mala fe	Gratuito	1. El <i>accipiens</i> restituye el bien 2. El tercero está obligado a indemnizar los daños irrogados.

Como se puede apreciar, la norma parte del supuesto de que el *accipiens* recibió el pago indebido de buena fe. A partir de allí, el legislador comienza a jugar con todas las posibilidades respecto de la buena o mala fe del tercero, así como de la de su título. Lo que nos interesa en este punto es dejar que, siempre que el tercero actúa a título oneroso y de buena fe al momento de su adquisición, aquella persona que pagó indebidamente (*tradens*) no tiene acción alguna frente a él, sino únicamente frente al *accipiens*. Es decir, se tutela al tercero subadquirente frente a cualquier pretensión o reclamo de parte del contratante que ejecutó la prestación indebidamente.

Por su parte, el artículo 1270° CC establece lo siguiente:

“Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe” (el énfasis es agregado).

Sintetizando lo señalado en este artículo, tenemos el siguiente esquema:

Accipiens	Tercero	Título	Consecuencias
Mala fe	Buena fe	Oneroso	<ol style="list-style-type: none"> 1. El <i>accipiens</i> restituye el “valor” del bien. 2. El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala fe	Buena fe	Gratuito	<ol style="list-style-type: none"> 1. El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2. El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala fe	Mala fe	Gratuito	<ol style="list-style-type: none"> 1. El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2. La indemnización es debida solidariamente por el <i>accipiens</i> y el tercero.

A diferencia de lo regulado en el artículo 1272° CC, en éste la norma parte del supuesto de que el *accipiens* recibió el pago indebido de mala fe. A partir de allí, el legislador comienza a jugar con todas las posibilidades y – ahora sí al igual que lo establecido en el 1272° CC - protege siempre al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe, impidiendo que el *tradens* pueda dirigirse contra él a efectos de obtener la restitución de aquello que pagó indebidamente.

En conclusión, en ambos artículos el Código Civil, independientemente de si el *accipiens* actuó con buena o mala fe, siempre protege al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe en aquellos casos en los que se ejecutaron prestaciones” nacidas de un contrato nulo o anulado.

En este sentido, ambas normas son muy importantes en cuanto grafican aquello en lo que la doctrina viene poniendo énfasis hace algún tiempo: “La cláusula normativa general imperante en la actualidad es el "tercero adquirente de buena fe", es decir, ya no se centra la atención en la legitimidad del sujeto enajenante que determine la "nulidad" de la transferencia sino se da mayor relevancia al "sujeto que adquiere de buena fe, a pesar de la ilegitimidad del transferente"⁶¹⁷ .

Este cambio de enfoque busca incentivar la circulación de la riqueza. Sobre el particular Fernández Cruz nos dice que los objetivos que busca todo sistema de transferencia de propiedad en la actualidad son: a) Maximizar la circulación de la riqueza; b) Dar seguridad jurídica, y c) Reducir las adquisiciones de no propietarios. No obstante, en la realidad los sistemas sólo pueden aspirar a

⁶¹⁷ BELTRAN PACHECO, Jorge. “Enajenación de bien recibido como pago indebido de mala fe”. En: Código Civil Comentado”. Tomo V. Gaceta Jurídica. Pág. 622.

privilegiar algunos de estos objetivos, debiendo darse prevalencia a la "circulación de los bienes y la confianza en las adquisiciones"⁶¹⁸.

Esta priorización por la máxima circulación de la riqueza y el mayor tráfico económico se consigue precisamente otorgándole seguridad a las transacciones, y esta seguridad se logra dotando de una protección especial a aquellas personas (terceros subadquirentes) que recurren al mercado para adquirir determinados derechos confiando en la información circulante. Entonces, priorizar la máxima circulación de la riqueza se convierte en un sinónimo de proteger las adquisiciones efectuadas por los terceros que derivan un derecho de un contrato – inválido – celebrado con anterioridad por otras personas. No obstante, esta protección o mecanismo de tutela no puede – ni debe – darse a favor de cualquier tercero, sino únicamente para aquellos que contratan reuniendo determinados requisitos: en este caso la onerosidad y la buena fe.

Es por tal razón que en ambas normas (1270° y 1272° CC) se privilegia al adquirente de buena fe y a título oneroso, a efectos de incentivar las transacciones comerciales. Por su parte, el *accipiens* - quien recibió el pago indebido - si actúa de mala fe (de forma dolosa) deberá restituir el valor del bien (en lugar de la restitución de éste, que no puede efectuarse por existir una legítima protección del tercero) y pagar la correspondiente indemnización⁶¹⁹. En cambio, si actuó de

⁶¹⁸ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú". En: Themis. Revista de Derecho. N° 30. 1994. Págs. 149-173.

⁶¹⁹ El pago de la indemnización no debe confundirse con la restitución del valor, puesto que lo primero se efectúa por el daño ocasionado, mientras que la devolución del valor se realiza en tanto no debió entregarse bien alguno. El deber de restituir es una consecuencia de la ilegitimidad del pago efectuado, mientras que el deber de pagar una indemnización es el resultado del evento dañoso.

buena fe, únicamente restituirá el precio del bien o cederá la acción para hacerlo efectivo, sin verse compelido al pago de una indemnización a favor del *tradens*.

Por ello, con acierto se ha dicho que “en este caso, la ley civil peruana protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, reconociéndole un derecho de propiedad firme sobre el bien. En consecuencia, quien pagó indebidamente no podrá exigir la restitución del bien frente a tal tercero. Únicamente podrá accionar contra quien aceptó el pago indebido de mala fe, a fin de exigir su valor, más la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso”⁶²⁰. Es decir, el tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe resulta inatacable.

Para ejemplificar todo lo señalado hasta aquí, nos valdremos de un caso:

“A”, propietario del bien “X”, lo transfiere a favor de “B” mediante contrato de compraventa. Luego de ello, “A” demanda la nulidad o anulación de dicho contrato por alguna de las causales contenidas en los artículos 219° o 220° CC, respectivamente. Se declara nulo el contrato de compraventa y “A” exige a “B” que le restituya la posesión del mismo. Sin embargo, “B” alega que transfirió el bien a favor de un tercero, quien actuó a título oneroso y de buena fe. La pregunta que surge es: ¿Este tercero adquirente del inmueble “X”, se encuentra obligado a restituir aquello que “B” le transfirió gracias al pago indebido que “A” hizo a favor suyo? ¿O por el contrario corresponde la aplicación del artículo 1270° CC, con lo cual tal tercero estaría plenamente protegido?

⁶²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI. Tercera Parte. Tomo VIII. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003Pág. 178.

La respuesta a esta interrogante dependerá del tipo de bien sobre el cual se hubiese contratado así como la causal por la que se hubiese demandado, en caso el bien materia de contratación no se hubiese encontrado inscrito. Nos explicamos:

(i) Cuando el bien “X” – conforme con el caso propuesto líneas arriba – se encuentra debidamente inscrito en Registros Públicos: En este caso, para que el tercero adquirente a título oneroso y de buena fe pretenda obtener tutela frente a la declaración judicial de invalidez, no será necesario que invoque el artículo 1270° CC, en cuanto – conforme ya se indicó⁶²¹ - su mecanismo de protección se encuentra contenido en el artículo 2014° CC. Es decir, tratándose de contratación sobre bienes inscritos en el Registro, el que un tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe reciba tutela en los casos de invalidez derivada, dependerá de si aquél cumplió o no con los parámetros y requisitos establecidos en el artículo 2014° CC, sin que haya posibilidad alguna de aplicar el artículo 1270° CC: o el tercero subadquirente recibe protección porque su caso se encuentra dentro del supuesto de hecho contemplado en el 2014° CC, o simplemente no merece protección alguna porque, a pesar de tratarse de un bien inscrito, no cumplió con los parámetros fijados en dicho artículo. En conclusión, tratándose de bienes inscritos, el artículo 1270° no encuentra aplicación alguna, dependiendo la tutela del tercero adquirente de si se éste cumplió o no con lo establecido en el 2014° CC.

(ii) Cuando el bien “X” – conforme con el caso propuesto líneas arriba – no se encuentra debidamente inscrito en Registros Públicos (para ser más exactos, no se encuentra inmatriculado): en este caso no siempre corresponderá la aplicación del artículo 1270° CC para la protección del tercero adquirente. En efecto, la

⁶²¹ Capítulo IV de la presente investigación.

aplicación de tal norma dependerá de cuál fue la causal por la que el contrato – del cual el tercero derivó su adquisición – fue declarado inválido.

(ii.1) Cuando la causal de invalidez del contrato es la simulación: en este caso, para que el tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe mantenga su adquisición, no será necesario que invoque el artículo 1270 CC, en cuanto – conforme ya se indicó detenidamente en el capítulo precedente – existe una norma (artículo 194° CC) que protege de forma excepcional y única al tercero contratante a título oneroso y de buena fe. Por tal razón - al igual que en el caso de contratos inválidos sobre bienes inscritos - en el caso de contratos inválidos sobre bienes no inscritos, pero siempre que la causal de tal invalidez sea la simulación, no corresponderá la aplicación del artículo 1270° CC a efectos de que los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe obtengan tutela.

(ii.2) Cuando la causal de invalidez del contrato – del cual el tercero deriva su adquisición – es distinta a la simulación: es en este supuesto en el cual el artículo 1270° CC asume plena importancia, en la medida que permite “cerrar el círculo” y plantear de forma integral un sistema de protección a favor de las adquisiciones realizadas por terceros a título oneroso y de buena fe. En efecto, cuando el bien objeto del contrato no se encuentra inscrito, no será posible activar a favor de la adquisición efectuada por el tercero el mecanismo de protección basado en la fe pública registral (artículo 2014° CC), en cuanto éste – conforme ya se indicó – sólo funciona tratándose de bienes inscritos. Del mismo modo, tampoco podrá activarse a favor de estos terceros subadquirentes el mecanismo de tutela establecido en el 194° CC, por cuanto el mismo constituye una norma excepcional – conforme ya se explicó – que no es posible de ser extendida para todo supuesto de contrato inválido.

Entonces, al no poder aplicar los artículos 2014° ni 194° CC para proteger a los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe respecto de los contratos inválidos (por una causal distinta de la simulación) celebrados sobre bienes que no se encuentran inscritos en el Registro, la protección la encontramos en el artículo 1270° CC (si el *accipiens* actuó de mala fe) o el 1272° CC (si el *accipiens* actuó de buena fe), en cuanto estos únicamente exigen: (a) que se esté en presencia de un pago indebido, lo cual ocurre siempre que se hayan ejecutado – ya sea de forma involuntaria (por error) o voluntariamente - prestaciones como consecuencia de la celebración de un contrato inválido; (b) que una de las partes del contrato declarado inválido haya transferido a título oneroso, a favor de un tercero que actuó de buena fe, aquello que recibió previamente en virtud del contrato inválido; (c) lo único que puede hacer aquella parte celebrante del contrato inválido que se ve perjudicado como consecuencia de la pérdida de su derecho y la protección brindada al tercero subadquirente, es accionar contra su contraparte en el contrato, exigiéndole la devolución del valor del bien más la indemnización de daños y perjuicios, en caso el *accipiens* haya actuado de mala fe; (d) esta regla de tutela a favor del tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe no exige más requisito que los ya señalados; esto es, basta con que se esté en presencia de un pago indebido, lo cual se presenta en un caso de contrato inválido; (e) como ya se indicó, el mecanismo de tutela a favor del tercero consagrado en estos artículos asume importancia siempre que el bien objeto del contrato no esté inscrito (porque en este caso el mecanismo de tutela está contenido en el 2014° CC) y en caso el bien no esté inscrito, siempre que la causal de invalidez sea distinta a la simulación (porque en este caso el mecanismo de tutela está contenido en el artículo 194° CC).

Es por ello que no compartimos – en parte - lo señalado por un sector de la doctrina nacional respecto del ámbito de aplicación de los artículos 1270° y 1272° CC:

“El artículo 1272⁶²² establece que en caso el *accipiens* (non domino) enajene el bien a un tercero, si lo hace a título oneroso y el tercero lo recibe de buena fe, el *accipiens* restituye el precio del bien (o cede la acción para hacerlo efectivo). Como puede apreciarse ni el *accipiens* ni el tercero están obligados a restituir el bien ¿Por qué? Pues porque el tercero adquirió la propiedad del bien enajenado.

Esta solución resulta de aplicación cuando se trata de un bien mueble y bajo ciertos supuestos si se trata de un bien inmueble inmatriculado, pero no es correcta si se trata de un inmueble no inmatriculado.

Tratándose de bienes muebles debe tenerse en cuenta el artículo 948° CC. En caso de bienes inmuebles inmatriculados el artículo 2014° CC. Estos dos artículos suponen una excepción al principio normativo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere*, es decir, aquel principio en virtud del cual nadie puede transferir a otro, un derecho que no le pertenece. Como regla general los actos de disposición de los no titulares (non dominus) son ineficaces desde el punto de vista “real”; es decir, que no opera el efecto traslativo.

Por ello, los artículos 948 y 2014 suponen mecanismos de protección de la apariencia jurídica (transferencias o adquisiciones a non domino) los cuales están dirigidos a la tutela de la confianza de los terceros y por tanto del interés colectivo a la seguridad de la circulación de los bienes.

⁶²² Todo lo señalado por el citado autor, respecto de la aplicación del artículo 1272° CC para el caso de la protección de los terceros subadquirentes, resulta plenamente extensible para lo dispuesto en el 1270° CC. Por ello, de ahora en adelante, cuando hagamos referencia al artículo 1272° CC deberá entenderse que nuestro análisis resulta válido también para el 1270° CC.

Entonces, si se trata de bienes muebles, será necesario que se realice la transferencia material del bien, es decir la transferencia de la posesión; y si se trata de bienes inmatriculados la inscripción. Quedan al margen de la protección los bienes inmuebles no inmatriculados”⁶²³

Como se puede apreciar, para BARCHI la protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe, en los casos de invalidez derivada, únicamente tendrá aplicación cuando este tercero haya actuado conforme lo establece el artículo 948° y 2014° CC. Es decir, lo establecido en el artículo 1272° CC repetiría lo establecido en dichos artículos; o en el mejor de los casos, funcionaría como una especie de norma de reenvío a lo regulado en los artículos 948° y 2014°.

La pregunta que inmediatamente surge es: ¿Qué utilidad tienen entonces el artículo 1272° CC, si se limitan únicamente a repetir o a reenviar la solución de la controversia a lo establecido en los artículos 948° y 2014°?

Si tomamos la posición de BARCHI, la conclusión sería la siguiente: con o sin la existencia del artículo 1272° CC, la solución a los casos en los que un tercero, actuando a título oneroso y de buena fe, subadquiere un derecho como consecuencia de la celebración de un previo contrato inválido, siempre será la misma: para que este tercero se vea protegido deberá actuar conforme a lo dispuesto en los artículos 948° CC – en caso su adquisición se dé sobre un bien mueble – o 2014° CC – en caso su adquisición se dé sobre un bien inmueble.

⁶²³ BARCHI VALAOCHAGA, Luciano. “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal. Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido e el Código Civil Peruano”. En: *Ius Et Veritas*. Año XVI. N° 33. 2006. Págs. 87-88

Para ser más claros: el artículo 1272° CC – según lo señalado por BARCHI - sería una norma inútil, carente de eficacia y aplicación autónoma, en cuanto se limitaría a prescribir lo ya dispuesto en otras normas.

Con esta interpretación, como se podrá apreciar, lo que se hace es vaciar de contenido al artículo 1272° CC; negarle importancia autónoma. En pocas palabras, se termina, vía interpretación, derogando dicha norma.

Un principio interpretativo nos dice que se debe descartar la interpretación que nos conduzca a una norma carente de contenido, así que alguna utilidad ha de tener el artículo 1272° CC⁶²⁴ (y por ende también el artículo 1270° CC)

Para comenzar, debemos dejar en claro que **COINCIDIMOS** con BARCHI en lo que respecta a la relación entre los artículos 1272°, 948° y 2014° CC, **CUANDO LA CONTRATACION SE DA SOBRE UN BIEN MUEBLE**: el tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe únicamente estará protegido frente a aquel que plantea la invalidez del contrato primigenio, si es que este tercero recibe la posesión del bien (tratándose de bienes muebles no registrados) o si es que cumple con inscribir la adquisición a su favor (si es que se trata de un bien mueble

⁶²⁴ El argumento económico en la interpretación de las normas nos dice que “se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque si la atribución de significado no fuese excluida se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo”: TARELLO, Giovanni. L'interpretazione della legge. Giuffrè. Milán. 1980. Pág. 371. Cita de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2005. Pág. 208.

registrado), debiendo cumplir además con cada uno de los requisitos establecidos en el 2014° CC.

Sin embargo, corresponde hacer una precisión: la semejanza se da – tratándose de contratación sobre bienes muebles – entre los artículos 1272° y el 948°, mas no con relación al 2014° CC. Nos explicamos:

Imaginemos que A adquiere de B el cuadro de un pintor muy famoso por medio de un contrato nulo, y se lo vende a C, quien actúa de buena fe (desconociendo la nulidad del contrato por medio del cual A adquirió la propiedad del cuadro) y toma posesión de dicho cuadro. Luego de ello, B demanda ante el Poder Judicial la nulidad del contrato celebrado con A, obtiene una sentencia favorable y pretende oponerla a C, exigiéndole la devolución del cuadro. ¿Qué norma invocará C para verse protegido?

C podrá invocar o bien el artículo 948° CC o bien el artículo 1272° CC porque ambas normas le exigen– a efectos de verse protegido frente a A – los mismos requisitos: que haya actuado de buena fe y que haya recibido la posesión del bien. En efecto, el artículo 948° CC comienza señalando que “quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble (...)”; por su parte, el 1272° CC exige que el bien haya sido “transferido a un tercero que tuviera buena fe (...)”. Como se aprecia, ambas normas protegen al tercero subadquirente exigiéndole los mismos requisitos, por lo que el contenido de ambas normas – cuando se trata de transferencia de bienes MUEBLES – coincide de forma plena.

¿Pero qué sucederá si la transferencia de A a favor de C se dio sobre un bien mueble inmatriculado? ¿Bastará con que C alegue el cumplimiento de los requisitos establecidos en el 1272° CC?

Opinamos en sentido negativo. Y es que como indicamos con anterioridad⁶²⁵, tratándose de contratación sobre bienes registrados o inmatriculados – ya sea un bien mueble o inmueble – el tercero subadquirente únicamente obtendrá protección en cuanto cumpla con cada uno de los cinco requisitos establecidos en el 2014° CC: a) adquisición válida a título oneroso (elemento negocial); b) confianza en el Registro (elemento de regularidad); c) Buena fe (elemento subjetivo); d) No debe constar en el Registro las causales de invalidez o ineficacia (elemento de no contradicción); e) Inscripción de su propio título (elemento de cierre)⁶²⁶. Entonces, cuando los terceros actuando a título oneroso y de buena fe adquieren un derecho sobre bienes muebles registrados, el mecanismo de tutela no viene dado por los artículos 948°, 1270° ni 1272° CC (que únicamente le exigen al tercero haber actuado a título oneroso y de buena fe), sino por el artículo 2014° CC (el cual le exige al tercero, además de la onerosidad y la buena fe al momento de la contratación, la inscripción de su título en el Registro donde corre inmatriculado el bien).

En lo que sí **DISCREPAMOS** con BARCHI es en la plena similitud que al autor le otorga a lo consagrado en los artículos 1272° y el 2014° CC, **CUANDO LA CONTRATACION SE DA SOBRE BIENES INMUEBLES**. Como ya se indicó, para BARCHI, cuando la contratación se da sobre bienes inmuebles no registrados, los terceros subadquirentes, por más de haber actuado a título oneroso y de buena fe,

⁶²⁵ Ver páginas 260 y siguientes de la presente investigación.

⁶²⁶ Ver páginas 188 y siguientes de la presente investigación.

no cuentan con ningún mecanismo de protección, en la medida que no podría aplicarse la fe pública registral consagrada en el 2014° CC. Es decir, para BARCHI la única forma de proteger la adquisición de los terceros sobre bienes inmuebles es mediante la inscripción registral, lo cual automáticamente conlleva a excluir la posibilidad de protección a favor de tales terceros cuando el contrato versa sobre bienes no inmatriculados.

Nosotros consideramos, tal como lo hicimos cuando analizamos el artículo 194° CC y concluimos acerca de su importancia y autonomía respecto de lo regulado en el 2014° CC⁶²⁷, que los artículos 1270° y 1272° CC sí tienen una importancia autónoma fundamental que va más allá de limitarse a repetir lo regulado en el 2014° CC.

Como ya indicamos y desarrollamos de forma prolija⁶²⁸, el artículo 2014° CC consagra un supuesto de fe pública **registral**, lo cual quiere decir que se aplica en tanto haya un registro que publicita las distintas situaciones jurídicas subjetivas que se constituyen en torno a los bienes. Si un bien no se encuentra inscrito registralmente, sencillamente carece de relevancia la aplicación del 2014° CC así como todas las normas que forman parte del Libro de Registros Públicos.

No brindar tutela al tercero subadquirente - en los supuestos de invalidez derivada - a pesar de haber actuado a título oneroso y de buena fe frente a la apariencia creada por el contrato inválido que le antecede, implica consagrar una diferenciación arbitraria entre los terceros que contratan sobre bienes registrados y

⁶²⁷ Ver Capítulo V de la presente investigación.

⁶²⁸ Ver Capítulo IV de la presente investigación.

bienes no registrados. Si ambos terceros subadquirentes actuaron a título oneroso y de buena fe, no tiene sentido otorgarle tutela a uno, pero no al otro.

Precisamente, en esta lógica es que el legislador nacional consagró la protección de los terceros subadquirentes frente a supuestos de invalidez derivada, cuando la causal de nulidad es la simulación. En estos casos, el tercero subadquirente se verá protegido independientemente de si el contrato inválido que antecedió a su adquisición se dio sobre un bien (mueble o inmueble) no registrado.

¿Y qué hay respecto de la protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe, en los casos de invalidez derivada, cuando el contrato que antecede la adquisición de tales terceros se celebró sobre un bien no registrado y la causal de nulidad que afecta a dicho contrato es distinta de la simulación?

En estos casos, la protección de dichos terceros no puede darse en función al 2014° CC, porque la contratación se dio sobre un bien no inmatriculado⁶²⁹, ni tampoco en base al 194° CC, en la medida que la causal de nulidad que aqueja al contrato del cual el tercero subadquirente deriva su derecho, no es la simulación. Entonces, es en estos casos en los que asumen particular relevancia y autonomía los artículo 1270° y 1272° CC, en la medida que protegen a los terceros subadquirentes para los casos de invalidez derivada⁶³⁰, exigiendo únicamente

⁶²⁹ No olvidemos que la fe pública registral (artículo 2014° CC) únicamente se aplica para los casos en los que la contratación se dio sobre bienes inmatriculados, por cuanto el fundamento de esta protección radica en la confianza que el tercero subadquirente deposita en la información publicitada por el Registro.

⁶³⁰ Tengamos en cuenta que el artículo 1272° CC protege a los terceros subadquirentes cuando su adquisición se dio como consecuencia de un pago indebido, y precisamente, en los casos de ejecución de contratos inválidos (nulos), estamos en presencia de un típico pago indebido. Por ello, cuando el 1272° CC regula la transferencia que realiza aquella persona que recibió un pago

haber actuado a título oneroso y de buena fe. He aquí, por un lado, el diferente contenido de los artículos 2014° y 1272° CC (y 1270° CC), y por el otro lado, la importancia fundamental que asume esta última norma en lo que respecta a la posición de los terceros subadquirentes frente a los contratos inválidos.

En conclusión, con la aplicación de los artículos 1270° y 1272° CC se cierra el círculo – incompleto hasta aquí – de la protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe en los casos de invalidez derivada:

(i) Tratándose de bienes inscritos y sobre los cuales se celebró un contrato inválido, el mecanismo de tutela está contenido en el artículo 2014 CC.

(ii) Tratándose de bienes no inscritos y sobre los cuales se celebró un contrato, el cual fue declarado inválido por la causal de simulación, el mecanismo de tutela está consagrado en el artículo 194° CC.

(iii) Tratándose de bienes no inscritos y sobre los cuales se celebró un contrato, el cual fue declarado inválido por una causal distinta a la simulación, el mecanismo de tutela está consagrado en los artículos 1270° y 1272° CC, aplicable cada cual dependiendo de si el *accipiens* (aquella persona que transfirió su derecho a favor del tercero) actuó con buena o mala fe.

indebido, a favor de un tercero subadquirente, lo que está regulando es la transferencia que realiza una persona que “adquirió” determinada situación jurídica subjetiva como consecuencia de la celebración de un contrato nulo, a favor de un tercero subadquirente. En conclusión, el 1272° CC regula un típico caso de posición de los terceros frente a una invalidez derivada.

CONCLUSIONES

- En nuestro país, con el *nomen* “Acto Jurídico” se pretendió incorporar en el Libro II del Código Civil la figura alemana de la *Rechtsgeschäft* (traducida literalmente como negocio jurídico, pero incorporada al léxico francés bajo el término *acte juridique*, del cual los españoles tradujeron “acto jurídico”). Sin embargo, de una interpretación histórica y sistemática de las normas que integran dicho Libro, se concluye que las mismas son una copia de la normativa establecida en el Libro de Contratos del Código Civil italiano de 1942. En consecuencia, las normas del Libro II de nuestro Código Civil están pensadas exclusivamente para los contratos.
- Como consecuencia de ello, el negocio jurídico, en tanto categoría legislativa, no existe en nuestro país, por dos razones fundamentales: (i) la normativa del Libro II del Código Civil resulta aplicable exclusivamente para la figura de los contratos, mas no para el matrimonio ni el testamento ni el resto de negocios jurídicos unilaterales (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo), como originariamente fue planteado en la doctrina alemana; (ii) nuestro sistema jurídico no ha consagrado (como sí lo hizo el BGB y lo hace el Código Civil Brasileño, países en los cuales sí se ha legislado de forma coherente y respetando la tradición histórica el “negocio jurídico”) una Parte General, de la cual sea integrante el negocio jurídico y adquiera gracias a ella funcionalidad.
- El contexto político, económico y social en el cual surgió el negocio jurídico, ha cambiado radicalmente, y de ello un sector de la doctrina ha llegado a

sostener la muerte del negocio jurídico. No obstante, el hecho de que el negocio jurídico no haya sido consagrado de forma legislativa y unitaria en nuestro Código, no debe llevarnos a concluir sobre su inutilidad. No se debe confundir la utilidad del negocio jurídico con la concepción unitaria del negocio jurídico en nuestro Código Civil. De este modo, el negocio jurídico, como categoría lógica, ordenante y general, otorga al jurista apropiados instrumentos del pensamiento para abordar figuras o instituciones jurídicas homogéneas o afines.

- De forma paralela al declive del negocio jurídico, en los últimos tiempos asistimos a un proceso de cambio en el que el protagonismo lo asume de forma exclusiva el contrato, en la medida que éste cumple con todos los requisitos necesarios para permitir un intercambio económico rápido, ágil y dinámico; más aún en un mundo como el de hoy, donde el paradigma de la contratación se desarrolla en un capitalismo de mercado global donde lo que se busca es maximizar los intercambios y alcanzar la eficiencia en lo que respecta a la asignación de titularidades.
- la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual en adhesión a las exigencias de segura, rápida y amplia circulación de la riqueza, está entre las razones de la ausente recepción de la categoría del negocio jurídico. El contrato, seguido de tal proceso de objetivación, resulta separado de la matriz conceptual del negocio jurídico, categoría abstracta pensada precisamente en términos de voluntad”, lo cual no compatibiliza con la necesidad de tutela del tráfico jurídico y la confianza depositada en los pactos y no tanto en la voluntad no manifestada.

- De todas las teorías que ha elaborado la doctrina respecto del negocio jurídico (aplicables todas ellas por extensión, al contrato), una noción global del contrato sólo puede enmarcarse en el concepto de programa contractual como especie del programa negocial (teoría programática del contrato). Así, el contrato, no estando en grado de realizar los intereses jurídicos sino sólo de evidenciarlos y de proyectar su realización, encuentra su segura colocación entre los actos programáticos, cuya característica está, exactamente, en la predisposición de los modos y los medios de realización del interés

- Cuando las partes celebran un contrato, dicho acuerdo de declaraciones de voluntad puede estar afecto por alguna de las causales de invalidez que establecen la doctrina y nuestra legislación: causales de nulidad y de anulabilidad. Cuando esto ocurre, cualquiera de las partes y/o los terceros interesados (dependiendo de si la causal es la nulidad o la anulabilidad) pueden solicitar una declaración judicial de invalidez sobre dicho contrato; debiéndose diferenciar el juicio de invalidez respecto del juicio de relevancia jurídica respecto de un contrato.

- La relevancia jurídica viene a ser el reconocimiento, por parte del sistema jurídico, de un hecho de la vida diaria dentro del supuesto de hecho de una norma jurídica; o en otras palabras, el dotar de un predicado jurídico, a un hecho fáctico. Por ende, un hecho que posee relevancia jurídica es un hecho jurídico. Este hecho fáctico se convierte en jurídico sólo luego de corroborar que el sistema jurídico le ha enlazado un predicado jurídico; de este modo, sólo se tornará jurídico una vez que se acredite que esté dotado de relevancia jurídica. Un juicio posterior y distinto al de relevancia, es el examen de eficacia, que no aporta en nada a la juridicidad del hecho, el

cual por el sólo dato de ser relevante para el derecho, se convierte en un hecho jurídico.

- La invalidez, a diferencia de la relevancia jurídica, implica un juicio de disconformidad del ordenamiento jurídico con la celebración y formación del negocio dado. Tanto el contrato válido como inválido son relevantes para el ordenamiento y cuentan con una valoración, que en el caso de los negocios inválidos es negativa y consiste hipotéticamente en la no producción absoluta de los efectos jurídicos propios del negocio (nulidad) o en la destrucción de los precarios efectos jurídicos que el negocio produjo (anulabilidad) .
- Cuando se dice que un contrato nulo – ya sea porque se encuentra incurso en algunas de las causales reguladas en el artículo 219º CC, o habiendo estado incurso en alguna de las causales del 221º CC, fue anulado a petición de la parte interesada - no produce efectos jurídicos, debe entenderse que no produce aquellos efectos que le son propios en cuanto negocio jurídico, pero ello no impide que produzca efectos jurídicos de forma indirecta. Por ejemplo, aquello que haya sido hecho conforme al contrato nulo debe deshacerse, de lo cual derivan los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. De igual forma, el contrato nulo, unido a la buena, o a la posesión y al transcurso del tiempo puede generar otros efectos, como sucede en el caso de la usucapión extraordinaria.
- Como consecuencia de lo anterior, resultado del todo claro que en determinados casos el contrato nulo puede surtir efectos jurídicos, lo cual constituye una derogación de la máxima *quod nullum est non producit effectum*. De allí es posible concluir sobre la radical diferencia entre el contrato nulo nulo y el simplemente inexistente o irrelevante jurídicamente.

- La declaración de invalidez respecto de determinado contrato no es un tema que repercuta únicamente sobre las partes celebrantes del mismo, en la medida que ella trasciende hasta la esfera jurídica de los terceros, siempre que estos hayan subadquirido derechos que derivan de dicho contrato inválido. Esto es lo que la doctrina conoce como “invalidez (nulidad) derivada”: la invalidez de un contrato (el celebrado por el tercero) determinada por la nulidad de un precedente contrato, del cual el contrato depende en el plano práctico – económico.
- La posibilidad que una declaración de invalidez - sobre un contrato primigenio - afecte también las sucesivas adquisiciones celebradas por terceros - que no tuvieron participación alguna en celebración de dicho contrato primigenio y que por ende desconocían los problemas de invalidez que el mismo presentaba - , plantea un serio problema de seguridad jurídica dinámica. Esta situación asume una relevancia tal que obliga al operador jurídico a estudiar y analizar de cerca los mecanismos de protección con que cuentan tales terceros subadquirentes – en especial los que actúan a título oneroso y de buena fe - dentro de nuestro sistema jurídico.
- El Libro II del Código Civil no dice nada si la declaración de nulidad del contrato respecto a bienes inmuebles o a bienes muebles – tanto aquellos sujetos a inscripción como los que no lo están - perjudica o no los derechos adquiridos sobre tales bienes, a título oneroso, por el tercero subadquirente de buena fe. Esta ausencia de regulación nace de la idea que el contrato nulo siempre es oponible a los terceros, por lo que los mecanismos de protección a favor de estos debe ser buscado en el resto de normas que integran el Código, recurriendo a una interpretación sistemática y coherente de tal normativa.

- La protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos, diseñada por nuestro Código Civil, varía dependiendo del bien objeto del contrato inválido. Es decir, la forma en que se activa el mecanismo de tutela a favor de tales terceros varía en función del tipo de bien sobre el que se contrató. Y cuando se habla de “tipo de bien” no se hace referencia a la clasificación de bienes en muebles o inmuebles, sino en función a si estamos frente a un bien registrado o no registrado, independientemente de su condición de mueble o inmueble.

- Cuando la contratación se da sobre bienes – ya sean muebles o inmuebles – que se encuentran inmatriculados en el Registro (bienes registrados), la tutela de los terceros subadquirentes se activa por medio de la denominada fe pública registral, consagrada en el artículo 2014º CC. Esta protección de los terceros subadquirentes se dará siempre que se cumplan con los 5 requisitos establecidos en dicha norma: a) adquisición válida a título oneroso (elemento negocial); b) confianza en el Registro (elemento de regularidad); c) Buena fe (elemento subjetivo); d) No debe constar en el Registro las causales de invalidez o ineficacia (elemento de no contradicción); e) Inscripción de su propio título (elemento de cierre).

- Se deben rechazar aquellas posiciones doctrinarias que, en un análisis de *lege ferenda*, pretenden restringir la aplicación de la fe pública registral a favor de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada, sosteniendo que si el contrato, respecto del cual el tercero deriva su adquisición es un contrato nulo, entonces este tercero no podría verse protegido, en la medida que protegerlo atentaría contra el principio de solidaridad humana y respeto recíproco que encuentra su razón de ser en el juicio de valor de deber ser que forma parte de la nulidad, tal como ésta se encuentra regulada en el Título IX del Libro II del Código Civil.

- Impedir la tutela a favor de los terceros subadquirentes en los casos de nulidad derivada – como pretende la doctrina a la que se hizo referencia en el párrafo precedente – produciría consecuencias lamentables: (i) afectaría gravemente la posición de estos terceros y desincentivaría la contratación; (ii) se encarecerían los costos - cuando las bases sobre las que uno contrata son endeble, automáticamente se exigen mayores garantías, mayores requisitos, con lo que se termina incrementando los costos de contratar – con lo cual menos gente contrataría y menos gente vería satisfechos sus intereses; (iii) se promovería el inmovilismo económico, por cuanto si al potencial adquirente no se le garantiza un mínimo de seguridad dinámica, entonces se le estará incentivando para no contratar, con lo cual los bienes pasibles de contratación no serán asignados a sus usos más eficientes.

- Siempre que se protege al tercero subadquirente - en los casos de invalidez derivada - al estar éste premunido de la fe pública registral – es decir, cuando la contratación se dio sobre un bien registrado - hay alguien que sale afectado (de forma injusta) y alguien que sale ganando (de manera ilegal). Pierde aquel titular que no cumplió con inscribir el derecho a su favor y por ende ahora ve resignado cómo un tercero de buena fe se queda con el bien que antes le perteneció. Y gana (ilegalmente) aquella persona que sin contar con la titularidad del derecho y valiéndose de la apariencia de titularidad que le otorga el Registro, transfirió el bien– no teniendo legitimidad para ello – a favor de un tercero subadquirente. Esta situación injusta (que un titular pierda su derecho por la acción de un no titular) no se remedia fomentando otra situación injusta (que un tercero pierda el derecho adquirido de buena fe en base a un intercambio económico que también significó para él un sacrificio), sino más bien sancionando a aquél que se aprovechó del titular anterior y - haciéndose pasar por el verdadero titular -

transfirió el bien a favor de un tercero. Todo mecanismo de solución de controversias que pretenda sancionar al tercero subadquirente, antes que a la persona que actúa sin legitimidad para contratar, equivoca el camino y yerra en la solución.

- Cuando la contratación se da sobre bienes – muebles e inmuebles – no inmatriculados – aquellos que no cuentan con una inscripción en el Registro - el mecanismo de tutela a favor de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada variará dependiendo de la causal de invalidez.
- Cuando la causal de invalidez del contrato – celebrado sobre un bien no inmatriculado - sea la simulación (artículo 219° inciso 5 CC), el mecanismo de tutela se encuentra consagrado en el artículo 194° CC, según el cual a los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe les es inoponible el acuerdo simulatorio de las partes contratantes. En este caso, en la medida que el contrato se celebró sobre un bien no inmatriculado, no será necesario que el tercero subadquirente cumpla con los 5 requisitos establecidos por el 2014° CC, en la medida que la fe pública registral únicamente se activa cuando existe un registro en cuya información se puede confiar. Por el contrario, si el tercero contrató sobre un bien que no existe registralmente, no se puede hablar de fe pública registral, por lo que el tercero subadquirente, a efectos de no verse afectado por la invalidez del contrato que lo antecede, únicamente deberá acreditar que contrató a título oneroso y de buena fe (únicos dos requisitos establecidos en el 194° CC).
- Cuando la causal de invalidez que afecta a un contrato – celebrado sobre un bien no inmatriculado – es distinta de la simulación, no es posible aplicar analógicamente el mecanismo de protección establecido en el artículo 194°

CC. En efecto, la inoponibilidad del contrato nulo frente a los terceros subadquirentes únicamente es aplicable para los casos en los que la causal de nulidad es la simulación, mas no para el resto de causales de invalidez consagradas en los artículos 219° y 221° CC, porque la norma contenida en el artículo 194° CC es una norma excepcional, cuya aplicación analógica se encuentra proscrita por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

- El artículo 194° CC asume importancia y autonomía (con relación al artículo 2014° CC) cuando se trata de situaciones jurídicas que se constituyen sobre bienes que no tienen inscripción registral. Así mismo, la inoponibilidad de la sentencia anulatoria frente al tercero contratante a título oneroso y de buena fe sólo resulta aplicable cuando la nulidad encuentra como causal una simulación, mas no resulta aplicable por analogía a otros supuestos en los que una sentencia anulatoria (por cualquier causal distinta a la simulación) afecte la posición de terceros contratantes que actuaron a título oneroso y de buena fe. Esto significa que el artículo 194° CC no consagra un principio general de tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos nulos (cuando el contrato se celebra sobre bienes no inmatriculados).
- Cuando el contrato – del cual deriva la adquisición de un tercero – ha sido celebrado sobre un bien no registrado y se encuentra afecto por una causal de invalidez distinta de la simulación, los terceros subadquirentes también cuentan con un mecanismo de tutela, pero éste no tiene como sustento la fe pública registral – artículo 2014° CC – ni la inoponibilidad del contrato nulo por simulación – artículo 194° CC. En este supuesto, el mecanismo de tutela lo encontramos en las normas que regulan el pago indebido.

- Un contrato inválido es un contrato que no recibe protección ni amparo por parte del sistema jurídico, por lo que no debería dar lugar a que las partes ejecuten “prestaciones”. En cuanto un contrato inválido es el resultado de un proceso de calificación negativa por parte del Ordenamiento Jurídico, aquél no puede constituir un fundamento legítimo para que se produzcan en la vida diaria desplazamientos patrimoniales de una parte a otra; es decir, producto de un contrato inválido no debe haber ningún pago. En tal sentido, si en virtud de un contrato inválido las partes “pagaron”, ello da lugar a un pago indebido, debiendo retornar las prestaciones ejecutadas a la esfera jurídica de donde salieron. Esta restitución debe darse en base a las reglas propias del Pago Indebido, las cuales se ocupan precisamente de regular la manera en que una parte repite a favor de la otra aquello que recibió en calidad de ejecución de una “prestación” nacida de un contrato nulo.

- Para obtener la restitución de lo ejecutado en función a un contrato nulo o anulado, alegando que se trató de un pago indebido, primero deberá obtenerse una sentencia judicial o un laudo arbitral mediante el cual se declare la invalidez del contrato. O en todo caso, la restitución deberá ser planteada como pretensión accesorias. Sólo una vez acreditada y declarada la nulidad o la anulación del contrato, la parte interesada podrá accionar a efectos de que se le restituya aquello que entregó a título de “ejecución” del contrato nulo.

- La forma en que las partes deben restituirse las prestaciones ejecutadas como consecuencia de la celebración de un contrato nulo, se rige por las normas consagradas en el Capítulo Séptimo, Título II, Sección Segunda, Libro VI, denominada “Pago Indebido”. Entonces todo lo referente a la

ejecución de un contrato inválido – declarado nulo o anulado – debe regularse por dichas normas.

- En las normas propias del Pago Indebido, los artículos 1270° y 1272° CC se pronuncian respecto de la posición de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos. Ambas normas establecen de forma clara y expresa que estos terceros subadquirentes no podrán verse afectados por la declaración de invalidez del contrato primigenio del cual ellos derivaron su adquisición. La parte afectada únicamente podrá accionar contra el *accipiens* – aquella que transfirió el derecho al tercero subadquirente – exigiéndole, en unos casos, la devolución del valor del bien más el resarcimiento de los daños ocasionados (en caso dicha contraparte haya actuado de mala fe); y en otros casos (cuando la contraparte actúa de buena fe) únicamente podrá exigirle el precio del bien que recibió como consecuencia del pago efectuado por el tercero subadquirente.
- Las normas del pago indebido que regulan lo referente a la posición de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada, asumen plena autonomía cuando tales terceros adquieren bienes – tanto muebles como inmuebles – no registrados y el contrato del cual ellos derivan su adquisición se encuentra afecto por una causal de invalidez distinta de la simulación.
- En lo que respecta a la protección de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada, los artículos 1270°, 1272°, 948° y 2014° CC, tienen un contenido similar cuando la contratación tiene como objeto un bien mueble: el tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe únicamente estará protegido frente a aquel que plantea la invalidez del

contrato primigenio (tal como lo consagran los artículos 1270° y 1272° CC), si es que este tercero recibe la posesión del bien (tratándose de bienes muebles no registrados: artículo 948° CC) o si es que cumple con inscribir la adquisición a su favor (si es que se trata de un bien mueble registrado: artículo 2014° CC)

- En lo que respecta a la protección de los terceros subadquirentes en los casos de invalidez derivada y cuando el bien objeto del contrato es un bien inmueble, los artículos 1270°, 1272°, 194° y 2014° CC tienen un contenido distinto: (i) el 2014° CC (fe pública registral) se aplica cuando el contrato inválido del cual el tercero subadquiere un derecho tuvo como objeto un bien inmueble registrado. Para poder estar premunido de la fe pública registral el tercero subadquirente deberá cumplir con los 5 requisitos establecidos por el 2014° CC; (ii) el artículo 194° CC se aplica cuando el bien objeto del contrato es un inmueble no registrado y cuando dicho contrato, del cual el tercero subadquiere un derecho, se encuentra incurso en la causal de invalidez por simulación; (iii) los artículos 1270° y 1272° CC se aplican cuando el bien objeto del contrato es un inmueble no registrado y cuando dicho contrato, del cual el tercero subadquiere un derecho, se encuentra incurso en una causal de invalidez distinta de la simulación.
- Con la aplicación de los artículos 1270° y 1272° CC se cierra el círculo de la protección de los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe en los casos de invalidez derivada: (i) Tratándose de bienes inscritos y sobre los cuales se celebró un contrato inválido, el mecanismo de tutela está contenido en el artículo 2014 CC; (ii) tratándose de bienes no inscritos y sobre los cuales se celebró un contrato, el cual fue declarado inválido por la causal de simulación, el mecanismo de tutela está consagrado en el artículo 194 C; (iii) tratándose de bienes no inscritos y sobre los cuales se celebró

un contrato, el cual fue declarado inválido por una causal distinta a la simulación, el mecanismo de tutela está consagrado en los artículo 1272° y 1270° CC, dependiendo de si el *accipiens* actuó de buena o mala fe.

BIBLIOGRAFIA

- ADOMET, Klaus. Introducción a la teoría del derecho. Traducción del alemán por Enrique Bacigalupo. Editorial Civitas. Madrid. 1984.
- ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Editorial Bosch. Barcelona. 1958.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. Posibles modificaciones al libro de Registros Públicos. En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. N° 2000. Julio. 2010.
- ALLARA, Mario. La teoria generale del contratto. 2ª. Edizione. Editori Giappichelli. Torino. 1955.
- ALLENDE, Ignacio. La Institución notarial y el derecho notarial. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1967.
- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Semblanza y Estudio Preliminar de Gunther Gonzáles Barrón. N° 4. Jurista Editores. Lima. 2010.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso Ordinario. Ediciones Peruanas. Lima. 1966.
- AMOROS GUARDIOLA, Manuel. La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. N° 463. Noviembre – Diciembre. 1967.
- ARANGIO RUIS, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.
- ATIENZA, Manuel. Las Razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica. 2ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004.
- ATIYAH P.S. An introduction to the law of contract. Fourth Edition. Clarendon Press – Oxford. 1989.

- BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963.
- BARCHI VALAOCHAGA, Luciano. "Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal. Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido e el Código Civil Peruano". En: Ius Et Veritas. Año XVI. N° 33. 2006.
- BARCHI VELAACHAGA, Luciano. "¿Es el Derecho de Obligaciones un Derecho Neutral?". En: Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas. Tomo II. Universidad de Lima. 1995.
- BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. 1ª. Edición. Ara Editores. Lima. 2002. Págs.
- BATTISTA FERRI, Giovanni. El negocio jurídico. En: Teoría General del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. 2006.
- BELTRAN PACHECO, Jorge. Carga de la prueba del error. En: Código Civil Comentado. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. 2007.
- BELTRAN PACHECO, Jorge. "Enajenación de bien recibido como pago indebido de mala fe". En: Código Civil Comentado". Tomo V. Gaceta Jurídica. Pág. 622.
- BERNARDO SAN JOSE, Alicia. Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión. Editorial Comares. 2002.
- BETTI, Emilio. Teoría General del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez. Editorial Comares. Granada. 2000.
- BETTI, Emilio. Interpretación de la ley de los actos jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975.
- BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Il Contratto. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. 1987.

- BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos. Tomo I. Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Un mundo sin propiedad. (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble). En: Derecho. N° 45. 1991.
- BUSNELLI, Francesco. "La lesione del credito da parte di terzi". Giuffré. Milano.
- CAMARA LAPUENTE, Sergio. Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos. En: Anuario de derecho civil. Vol. 57. N° 3. 2004. Págs. 929-1002.
- CARDENAS QUIROZ, Carlos. "Modificaciones al Libro de Obligaciones del Código Civil Peruano". En: Thémis. Revista de Derecho. Segunda Época. N° 30. 1994.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio jurídico. Ediciones Aguilar. Madrid. 1956.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. Annullabilità assoluta e nullità relativa. Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici". In: Studi in memoria di B. Sforza e ripubblicato in Scritti minori. Napoli. 1986.
- CARNEIRO, José. Derecho Notarial. 2ª. Edición. Editorial Edinaf. 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema del diritto processuale civile. Padua. 1936.
- CARPIO AGUIRRE, Alfredo. Derecho Notarial. Ley del notario y apéndice. Editorial Cuzco. Lima. 1967.
- CARRERAS, Jorge. "Naturaleza Jurídica y tratamiento de las presunciones". En: Revista Jurídica de Cataluña. Año LXI. Nos. 3 y 4. Editorial Altes. Barcelona. 1962.

- CASTAN TOBEÑAS, José. Función notarial y elaboración notarial del derecho. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1946.
- CASTILLO FREYRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Volumen XVI. Tercera Parte. Tomo VIII. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003.
- CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa. En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de la Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 45. Año 4. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 2005.
- CATAUDELLA, Antonino. I contratti. Parte Generale. Seconda edizione. Giappichelli Editore. Torino.
- CHICO ORTIZN, José María. La propiedad y el registro de propiedad. Conexiones y perspectivas. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1985.
- CLAVERIA GOSALBEZ, Luis La confirmación del contrato anulable. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1977.
- Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladorea Delia Revoredo de Debaquey. 3ª. Edición. Lima. Perú. 1988.
- Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil. Traducción del Dr. Albert Lamarca Marqués. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008.
- COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Unión Tipográfica. Editorial Hispano Americana. México. 1938. Pág. 598.
- CRISCUOLI, Giovanni. La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale. Editoriale Giuffrè. Milán. 1959.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico. Reedición de la Segunda Reimpresión de la Edición original de 1971. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1985.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I. Editorial Palestra. Lima. 2003.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis. Colombia. 1981.
- DE LOS MOZOS, José Luis. El negocio jurídico. Estudios de Derecho Civil. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1987.
- DE LOS MOZOS, José Luis. La conversión del negocio jurídico. 1ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 2002.
- DE LOS MOZOS, José Luis. “De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico”. En: Revista de Derecho Privado. Año N° 85. Mes 7-8 (Julio-Agosto). 2001.
- DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe. Editorial Bosch. Barcelona. 1965.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Héctor P. Zarodía Editor. Buenos Aires. 1970.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 1988.
- DIEZ PICAZO y GULLON. Sistema de Derecho Civil I. 4ª. Edición. Madrid. 1981.
- DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. 1995. Pág. 462.
- Diez Picazo, Luis. Estudios de Derecho Privado. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1962.
- DIEZ PICAZO, Luis y DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991. Pág. 60.

- DI MAJIO, Adolfo. “Voz: Legitimazione negli atti giuridici”. En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XXIV. Giuffré. 1967.
- EMERITO GONZALES, Carlos. Derecho Notarial. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1971.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Derecho Civil (Parte General). Tomo Primero. Volumen Segundo. Traducción por Blas Pérez González y José Algue. Bosh Casa Editorial. Barcelona. 1981.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. El caso del artículo 207 del Código Civil peruano”. En: Themis. Revista de Derecho. N° 49.
- ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho civil español. Tomo I. 8a. Edición. Editorial Edersa. Madrid. 1982.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. 1ª. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2008.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2005.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia”. 1ª. Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2008.
- EXPOSICION OFICIAL DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL DE 1984. Registros Públicos. Separata especial publicada en el diario oficial el día 19 de noviembre de 1990.
- FALZEA, Angelo. “L’Atto Negoziale Nel Sistema dei Comportamenti Giuridici”. En “Rivista di Diritto Civile”. Año XLII. 1996.
- FALZEA, Angelo. “El Negocio Jurídico y Autonomía Individual”. Traducción de Rómulo Morales Hervías. En: “Revista Jurídica del Perú”. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 82. Diciembre 2007.
- FALZEA, Angelo. Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici. Milán. 1939.

- FALZEA, Angelo. La condizione e gli elementi dell'atto giuridico. Milàn. 1941. Págs. 26-27.
- FALZEA, Angelo. "El principio jurídico de la apariencia". Traducción de Leysser León, para la: Revista de Derecho PUCP. N° 59. Pág. 181. Tomado del Título Original: "Apparenza". En: FALZEA, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica. Giuffré. Milán. 1997
- FEDELE, Alfredo. La invalidità del negozio giuridico di diritto privato. Editori Giappichelli. Torino. 1943.
- FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. En: Derecho. N° 41. Diciembre. 1987.
- FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. En: Themis. Revista de Derecho. N° 30. 1994.
- FERRARI, Sigfrido. "Inesistenza e Nulittá del Negozio Giuridico". En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffré Editore. Milano. Anno XII. 1958.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe. Editorial Montecorvo. Madrid. 1984.
- FERRI, Luigi. Lecciones sobre el contrato. Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser León. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. 1ª. Edición en castellano. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004.
- FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil. Tomo Segundo. 4ª. Edición. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 1992.
- FORNO FLOREZ, Hugo. La Oferta al Público: Razones para una Discrepancia. En: Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre. Lima N° 45. 1991. p. 222.

- FRANZONI, Máximo. “Il Dibattito Attuale sul Negozio Giuridico”. En: Derecho Civil Patrimonial. 1ª. Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997. Pág. 64.
- GALDO MARIN, Elizabeth. El Denominado Pago Indebido en el Código Civil de 1984. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil. Sustentada en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1992.
- GALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana. Tirant lo blanch. Valencia. 1992.
- GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. 1ª. Edición. Editorial Ares. 2006.
- GALGANO, Francesco. Voce: Negozio Giuridico (dottrine generali). En: Enciclopedia del diritto. Vol. XXVII. Milano. 1977.
- GALGANO, Francesco. “Teorías e Ideologías del Negocio Jurídico”. En: Metodologías y Derecho Privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Traducción de Mariano Maresca de la versión publicada en Categorie Giuridiche e Rapporti Sociali. Il Problema del Negozio Giuridico. A cura de Cesare Salvi. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada. Nº 22. 1982.
- GARCIA GARCIA, José Manuel. “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid. 1995.
- GARCIA GARCIA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. 1993.
- GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico. Tomo III. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.
- GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. Tomo II. VII Edizione aggiornata. Edizioni Scientifiche Italiane. Milano. 1998.

- GIACOBBE, Giovanni. Voce “Convalida” (diritto privato). En: Enciclopedia del Diritto. Vol X. Giuffré. Milano. 1962.
- GILMORE, Grant. The death of contract. Ohio State University Press. Columbus Ohio. 1974.
- GIMENEZ ARRAU, Enrique. Introducción al derecho notarial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957. Pág. 12.
- GOETZ, Walter y KIRN, Paul. La Edad Media. Hasta el final de los Staufen. Versión española de Manuel García Morente. Tomo III. 6ª. Edición. Madrid. 1933.
- GONZALES BARRON, Gunter. Introducción al derecho registral y notarial. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2008.
- GONZALES BARRON, Gunter. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 2ª. Edición. Jurista Editores. Lima. 2004.
- GONZALES, Jerónimo. “El principio de publicidad”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año III. Nº 25. Enero. Pág. 9.
- GONZALES BARRON, Gunter. Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral. Contribución que pone punto final a un debate innecesario. En: Diálogo con la jurisprudencia. Nº 116. Mayo. 2008.
- GORDILLO CAÑAS. El Principio de Fe Pública Registral. Parte I. En: Anuario de Derecho Civil. Omo LIX. Fascículo II. Abril – Junio. 2006.
- IMPALLOMENI, Giambattista. Voz “Pandettistica”. En: Novissimo Digesto Italiano. Vol. XX. Turín: UTET. 1968.
- IRTI, Natalino. “Rilevanza Giuridica”. En: Jus. Rivista di Scienze Giuridiche. Pubblicata a cura dell’Università del Sacro Cuore. N.S. Anno XVIII. Gennaio-Giugno. Fasc. I-II. 1967.
- IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Traducción de Luis Rojo Ajuria. José María Bosch Editor. Barcelona. 1992.

- IRTI, Natalito. “La nulidad como sanción civil”. En: Cátedra. Espíritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año VII. Nº 11. 2004.
- JOFRE, Tomas. Manual de Procedimiento. Civil y Penal. Tomo III. 5a. Edición. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1941.
- JORDANO FRAGA, Francisco. La acción revocatoria o pauliana: Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. Granada. 2001.
- KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1982.
- LA CRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil. Parte General. Volumen tercero. Editorial Dykinson. Madrid. 2004.
- LA CRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho Civil III. Derecho Inmobiliario Registral. José María Bosch Editor. Barcelona. 1984. Pág. 48.
- LA HOZ TIRADO, Ricardo. “Negocio Jurídico y Declaración de Voluntad”. En: Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima. Año XXI. Mayo. 1963.
- LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías - Picavea, de la Tercera edición original alemana de 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1978.
- LEAL DAVILA, Orlando. Tres estudios sobre la simulación. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1993.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianela. “El principio del Kompetenz – Kompetenz y la excepción procesal”. En: Materiales de enseñanza del Programa de formación y capacitación en arbitraje organizado por la PUCP. 2011.
- LEHMANN, Heinrich. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Volumen I. Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M. a. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956.

- LEON BARANDIARAN, José. Acto Jurídico. Gaceta Jurídica Editores. Lima. 1997.
- LEON BARANDIARAN, José. Tratado de Derecho Civil Peruano. Tomo III. Volumen II. Las Obligaciones. WG Editor. 1ª. Edición. 1992. Lima.
- LEON HILARIO, Leysser. “Las malas lecturas y el proceso de Codificación Civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004.
- LEON HILARIO, LEYSSER. “Vigencia y papel central del negocio jurídico en la parte general del derecho civil”. En: El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Prólogo de Paolo Grossi. 1ª. Edición. Editorial Palestra. Lima. 2004.
- LESSONA, Carlos. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Tomo V. Revista de Legislación. Madrid. 1905.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. E.J.E.A. Buenos Aires. 1980.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. 2ª. Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima. 1994.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Error conocible”. En: Código Civil Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2003.
- LUCARELLI, Francesco. Lesione d'interesse e annullamento del contratto. Giuffré Editore. Milano. 1964.
- LUCIDI, Irina. “La recepción del negocio jurídico en otros países”. En: Atlas de Derecho Privado Comparado. Coordinador Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 2000.

- MACIA MORILLO, Andrea. “La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria”. En: Revista crítica de derecho inmobiliario. Año LXXVII. Marzo – Abril. N° 664. 2001.
- MARÍN PADILLA, Luisa. El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. *Utile per inutile non vitiatur*. Editorial Bosch. Barcelona. 1990.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. “La nueva fe pública registral”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 150. Marzo. 2011.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. ¿Reabriendo un debate? Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado? En: Actualidad Jurídica. N° 177. Agosto. 2008.
- MENENDEZ HERNANDEZ, José. “La prescripción y la seguridad jurídica”. En: Revista crítica de derecho inmobiliario. Año LXXXIII. Julio – Agosto. N° 702. 2007.
- MENGONI, Luigi. “L’acquisto a non domino”. Milán. 1949.
- MERINO ACUÑA, Roger. “La autonomía privada en la contratación en masa y la necesidad de replantear los límites de la autonomía privada y la categoría general del contrato a la luz de los contratos por adhesión”. Tesis para optar el título profesional de abogado. UNMSM. 2006.
- MERINO ACUÑA, Roger. “Algunos apuntes en torno a la prescripción extintiva y la caducidad”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 104. Gaceta Jurídica. Lima. 2007.
- MERINO ACUÑA, Roger. “La acción revocatoria ordinaria o pauliana. Lineamientos fundamentales”. En: Actualidad Jurídica. N° 156.
- MESSINEO, Francesco. Manual de derecho Civil y Comercial. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1979.
- MESSINEO, Francesco. “Annullabilità e Annullamento”. En: Enciclopedia del Diritto. Tomo II. Giuffrè Editore.

- MONTICELLI, Salvatore. “Fondamento e funzione della rilevabilità d’ufficio della nullità negoziale”. En: Rivista di Diritto Civile. Anno XXXVI. CEDAM. Padova. 1990.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Prólogo de Gastón Fernández Cruz. Ara Editores. Lima. 2002.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato simulado. Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”. En: Estudios sobre Teoría General del Contrato. Prólogo de Giovanni B. Ferri. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: Estudios sobre Teoría General del Contrato. Prólogo de Giovanni B. Ferri. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico”. En: <http://dike.pucp.edu.pe/>
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano”. En: Revista del Foro. Publicación del Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXVI. N° 1. Enero-Mayo. 1998.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “El pensamiento de Giovanni Battista Ferri. El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LV. N° 65. Noviembre – Diciembre. 2005.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Legitimidad para contratar. La protección de la sociedad de gananciales vs. La publicidad registral”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 159. Febrero. 2007.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Anulabilidad e ineficacia del contrato. Dos remedios al alcance de todos pero a la vez de ninguno”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 114. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2010.

- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Nulidad e inoponibilidad del contrato vs principio de fe pública registral”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. N 103. Abril. 2007.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “El negocio jurídico entre la codificación civil y la realidad social y económica”. En: Actualidad Jurídica. N° 200. Julio. 2010.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil”. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen I. Palestra Editores. Lima. 2008.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Las aplicaciones indebidas de los conceptos del negocio jurídico en el Código Civil Peruano de 1984 luego de 25 años de su vigencia”. En: Advocatus. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 21. Lima. 2009. Págs. 99-105.
- MOSCATTI, Enrico. “I remedi contrattuali a favore de terzi”. En: Rivista di diritto civile. Año XLIX. Número 4. Julio-Agosto. Padua. Cedam. 2003.
- NEGRI, Héctor. Negocio Jurídico en la Doctrina Germano-Italiana. En: Enciclopedia Jurídica OMEBA. Obras Magistrales de la Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires. 1965.
- NUÑEZ LAGO, Rafael. El Registro de la Propiedad Española. En: Actas del I Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires. 1948.
- OERTMANN, Paul. Introducción al Derecho Civil. Editorial Labor. Barcelona. 1933.
- OPPO, Giorgio. “Disumanizzazione del contratto?”. En: Rivista di Diritto Civile. Año XLIV. Parte I. Padua. CEDAM. 1998.
- PALACIOS MARTINEZ, Eric. Contribución a la teoría general del negocio jurídico. Jurista Editores. Lima. 2009.
- PALACIOS MARTINEZ, Eric Moisés. Algunos Apuntes Dogmáticos sobre el Concepto de Negocio Jurídico. En: THEMIS. Revista de Derecho. Editada

por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Segunda Época. N° 30. 1994.

- PALACIOS MARTINEZ, Eric. La nulidad del negocio jurídico. Prólogo de Juan Espinoza. Jurista Editores. Lima. 2002. Pág. 118.
- PALACIOS MARTINEZ, Eric. “La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica”. En: <http://dike.pucp.edu.pe>.
- PALACIOS MARTINEZ, Eric. La conversión y la nulidad del negocio jurídico. ARA Editores. Lima. 2002.
- PALAZZI, Fernando. Novissimo dizionario della lingua italiana. Casa Editriche Ceschina. Milano. 1951.
- PASCO ARAUCO, Alan. “Arrendamiento de bien indiviso por parte de uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás: ¿nulo o ineficaz? A propósito de la distinción entre la confirmación, convalidación y ratificación de los negocios jurídicos. En: Revista Jurídica del Perú. Gaceta Jurídica. N° 92. Octubre. 2008.
- PASCO ARAUCO, Alan. “¿Es posible aplicar el artículo 219 del Código Civil para sancionar la nulidad de un acto notarial? Cuestionable criterio de la Corte Suprema”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. N° 136. Enero. 2010.
- PASCO ARAUCO, Alan. “El negocio jurídico en el Perú: por qué y para qué”. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Volumen 66. Lima. 2009.
- PASCO ARAUCO, Alan. “Los alcances del artículo 2012 del código civil. Reflexiones y precisiones en torno a una presunción incomprensida por muchos”. En: Revista jurídica del Perú. Julio. 2009.
- PASCO ARAUCO, Alan. “Implicancias de la prescripción de la “acción” de nulidad sobre los negocios jurídicos nulos. A propósito de la Casación N° 1519-2006-ICA”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N°. 138. Marzo. 2010.
- PASCO ARAUCO, Alan. “Tutela de los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe frente a los negocios jurídicos anulables. A propósito

de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad ex artículo 222 del Código Civil”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 141. Junio. 2010.

- PASCO ARAUCO, Alan. “La inoponibilidad del contrato nulo frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe, ¿norma especial o excepcional? Análisis del artículo 194º del Código Civil. En: Actualidad Jurídica. Nº 210. Mayo. 2001.
- PAU PEDRON, Antonio. La publicidad registral. Centro de Estudios Registrales – Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2001.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa. México D.F. 1996.
- PIETROBON, Vittorino. El error en la doctrina del negocio jurídico. Traducción de Mariano Alonso Pérez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971.
- PIRENNE, Jacques. Historia Universal. Volumen VI. Grupo Editorial Océano. 1987.
- POTHIER. Tratado de las Obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires. 1947.
- PUIG FERRIOL, Luis; GETE – ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRIGUEZ, Jacinto y HUAL DE SANCHEZ, José Javier. Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. 2ª. Edición. Marcial Pons. Barcelona. 1998.
- RICCIUTO, Vincenzo. “La simulazione”. En: Trattato dei contratti. Diretto da Pietro Rescigno. A cura di Enrico Gabrielli. UTET. Turín. 1999. Tomo Secondo.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Las Obligaciones. Volumen I. Traducción de Delia García Daineaux. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- RISOLIA, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1958.

- ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral. Tomo I. 8ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1954.
- ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Fundamentos de la Publicidad Registral. Tomo II. 8ª. Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1954.
- ROMANO, Santi. “Autonomía”. En: Frammenti di un Dizionario Giuridico”. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. 1983.
- ROMANO, Santi. El Ordenamiento Jurídico. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1968
- ROPPO, Vincenzo. El contrato. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. 1ª. Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2009.
- RUBINO, Doménico. La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari. Edizioni Scientifiche Italiane. 1978.
- SACCO, Rodolfo. “Il fatto, l’atto, il negozio”. En: “Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco”. UTET Giuridica. Turín. 2005.
- SACCO, Rodolfo. “La condizione”. En: Trattato di diritto privato, dirigido por Pietro Rescigno. Tomo X. Vol. II. UTET. Turín, 1982.
- SACCO, Rodolfo. “La buona fede nella teoría del fatti giuridici di diritto privato”. Turín. 1949.
- SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Privato. Obbligazioni e contratti. Tomo secondo. UTET. Torino.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1965. Pág. 294;
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema de Derecho Romano Actual. Traducido del Alemán por Charles Guenoux. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Editorial Comares. Granada. 2005

- SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Traducción de Adolfo Posada. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 2005.
- SCALISI, Vincenzo. “Invalidita e ineficacia. Modalità assiologiche della negozialità”. En: Rivista di Diritto Civile. N° 2. Anno XLIX. Marzo – Aprile. CEDAM. Padua. 2003.
- SCHMIDT, Jan Peter. “La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Qué se entiende por negocio jurídico?”. En: Revista Jurídica del Perú. Año LVI. N° 67. Abril – Junio. 2006.
- SCONAMIGLIO, Renato. Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de Leysser León. Prólogo de Pietro Rescigno. 1ª. Edición. Editorial Grijley. Lima. 2004.
- SCONAMIGLIO, Renato. “El negocio jurídico. Aspectos generales”. En: Teoría General del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales. Traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario. Presentación de Giovanni Battista Ferri. Ara Editores. Lima. 2001.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari, Dei requisiti del contratto (Artt. 1321-1352). Bologna-Roma, Comm. cod.civ. a cura di Scialoja-Branca. 1970.
- SCUNCIO, Marzia. “La nullità relativa”. En: <http://www.tesionline.it>.
- STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- STOLFI. “La dottrina dell’autonomia della volontà e le sue esagerazioni nel diritto civile”. En: Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazione. II. Milano. 1915.

- TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato”. 1º edición. Editorial Grijley. Lima. 2002.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “La Necesidad de Abandonar la Concepción Clásica del Acto Jurídico. En: THEMIS. Revista de Derecho. Editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Segunda Época. N° 30. 1994.
- TABOADA CORDOVA, Lizardo. “Efectos de la retroactividad en materia de ineficacia de los actos jurídicos”. En: Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil. Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervías. Editorial Grijley. Lima. 2006.
- TALAMANCA, Mario. Istituzioni di Diritto Romano. Dott. A. Giuffrè Editore. Milán. 1990.
- TOMASSINI, Raffaele. Invalidità. Enciclopedia del Diritto. XXII. Giuffrè Editore. Milano. 1972.
- TOMMASINI, Raffaele. Nullità (Diritto Privato). En: Enciclopedia del Diritto. Tomo XXVIII. Dott. A. Giuffrè Editore. Varese. 1978. Pág. 872;
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. 2ª. Edición. Editorial IDEMSA. Lima. 2001.
- TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Traducción al español de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1966. Pág. 203.
- TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. 15ª. Edición. Giuffrè. Milano. 2003.
- TROMBETTA, Angelo. “Dreedom of contract: Ascesa e caduta di un principio (a proposito di un libro recente). En: Revista di Diritto Civile. Anno XXX. N° 2. Padova. 1984.
- TUCCI, Giuseppe. “Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale”. En: Istituzioni di Diritto Privato. A cura di Mario Bessone. Ottava edizione. G. Giappichelli Editore. Torino. 2001.

- VALLE, Laura. "El debate sobre el negocio jurídico en Italia". En: Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale. Casa Editrice Dot. Antonio Milani. CEDAM. Padova, 1993. Traducción realizada por Nélvar Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias. En: <http://dike.pucp.edu.pe/>
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. El Acto jurídico. Gaceta Jurídica. 6ª. Edición. Lima. 2005.
- VON THUR, Andreas. Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Volumen III. Los hechos jurídicos. Traducción de Tito Ravá. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2005.
- WAYAR, Ernesto. Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. 2ª. Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2004.
- ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. Lineamenti di Diritto privato. Nona edizione. CEDAM. Padua. 2003.
- ZAVALA TOYA, Salvador. Las presunciones en el Derecho Civil. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima. Junio. 1991.
- ZUSMAN TINMAN, Soschana. "Teoría de la invalidez y la inexistencia". En: Ius et Veritas. Año IV. N° 7. 1993.